

Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern

Eine kartellrechtliche Beurteilung

Dissertation

der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich

zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

Andreas D. Blattmann

von Wädenswil ZH

genehmigt auf Antrag von

Prof. Dr. Roger Zäch

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung der vorliegenden Dissertation, ohne damit zu den darin angesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 7. März 2012

Der Dekan: Prof. Dr. Wolfgang Wohlers

»Nichts ist so erschreckend,
wie nicht wissen und doch handeln.«
J. W. von Goethe

Vorwort

Diese Arbeit ist das Produkt eines »Langzeitprojekts«, das mich neben dem Beruf stetig begleitete, forderte – letztlich aber auch förderte. Die akademische Auseinandersetzung mit einem bestimmten Thema empfand ich über die gesamte Zeit als äusserst bereichernd. Zu nennen sind daneben auch handfeste Vorteile, die mit dem Lauf der Zeit einhergingen: Zu Beginn meiner Auseinandersetzung mit dem Thema waren einzig europäische und US-amerikanische Entscheide zum Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern vorhanden. Entsprechend beschränkte sich auch das Studium der Literatur auf ausländische Werke. Dass mittlerweile schweizerische Entscheide ergangen sind, hat die Relevanz der Problematik erhöht und sich die längere Bearbeitungszeit somit als Glücksfall erwiesen. Zu grossem Dank verpflichtet bin ich in erster Linie meinem Doktorvater, Prof. Dr. iur. Roger Zäch, der mir sämtliche Freiheiten liess und immer Verständnis für die mit der doppelten Belastung einhergehenden Umstände zeigte. Danken möchte ich ihm aber insbesondere dafür, dass er mich während meiner Zeit als Student für das Wettbewerbsrecht zu begeistern vermochte. Seine leidenschaftlichen Vorlesungen haben diese Arbeit wohl entscheidend geprägt.

Dank gebührt weiter Rechtsanwältin lic. iur. Bettina Diggelmann. Sie hat wertvolle Zeit geopfert, um die Arbeit von der ersten bis zur letzten Seite zu lesen und mit Hinweisen wesentlich zu verbessern. Sodann möchte ich lic. oec. publ. Fabian Baumann, CFA, und lic. oec. publ. Roland Meyer für die kritische Durchsicht des und die anregenden Hinweise zum ökonomischen Teil danken. Die dadurch entstandenen Diskussionen waren eine grosse Bereicherung. Zu danken ist auch dipl. phys. ETH et Dr. math. Max Fehr für den immer wieder fördernden Austausch in ökonomischen Belangen und sein Interesse am Inhalt dieser Arbeit. Schliesslich möchte ich auch meinen Eltern danken, die mich stets gefördert, unterstützt und motiviert haben, sowie meinen jeweiligen Arbeitgebern für ihr Verständnis. Ich weiss es ausserordentlich zu schätzen, dass alle hier namentlich genannten Personen trotz ihrer eigenen zeitlichen Beanspruchung dieses »Opfer« auf sich genommen haben. Auch wenn ich von verschiedener Seite Hilfe erhalten habe, dürften Fehler oder Ungenauigkeiten nicht vollständig beseitigt worden sein. Dafür sind selbstverständlich nicht die Genannten, sondern bin einzig ich verantwortlich.

Zürich, im November 2011

Andreas Blattmann

Inhaltsübersicht

| | |
|---|------------|
| Inhaltsübersicht | 13 |
| Abkürzungsverzeichnis | 23 |
| Abbildungsverzeichnis | 27 |
| | |
| 1. Teil: Einleitung | 29 |
| § 1 Besser mit als ohne? | 29 |
| § 2 Modernes Wirtschaftsleben und Globalisierung | 36 |
| § 3 Informationsgesellschaft | 37 |
| § 4 Die Information im Wettbewerb | 40 |
| | |
| 2. Teil: Die Information | 45 |
| § 5 Was ist Information? | 45 |
| § 6 Information und Entscheidung | 60 |
| § 7 Die Information in der vorliegenden Arbeit | 63 |
| | |
| 3. Teil: Ökonomische Grundlagen | 69 |
| § 8 Einleitung | 69 |
| § 9 Statische Modelle | 87 |
| § 10 Dynamische Modelle | 98 |
| § 11 Erkenntnisse für den Informationsaustausch | 139 |
| | |
| 4. Teil: Rechtliche Grundlagen | 161 |
| § 12 Einleitung | 161 |
| § 13 Rechtliche Rahmenbedingungen | 163 |
| § 14 Der Informationsaustausch im rechtlichen Kontext | 221 |

| | | |
|----------------------|---|-----|
| 5. Teil: | Der Informationsaustausch als kartellrechtlicher Tatbestand | 265 |
| § 15 | Der Informationsaustausch und seine kartellrechtlichen Anknüpfungspunkte im Allgemeinen | 265 |
| § 16 | Der Informationsaustausch als abgestimmte Verhaltensweise im Besonderen | 280 |
| § 17 | Abschliessende Bemerkungen | 329 |
| Literaturverzeichnis | | 339 |

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|-----------|
| Abkürzungsverzeichnis | 23 |
| Abbildungsverzeichnis | 27 |
| | |
| 1. Teil: Einleitung | 29 |
| § 1 Besser mit als ohne? | 29 |
| 1. »Informiertheit« als erstrebenswerter Zustand | 29 |
| 1.1. Nathan war weise – oder einfach nur informiert | 29 |
| 1.2. Wirtschaft und Wettbewerb | 30 |
| 1.3. Der Entscheid für den Wettbewerb | 31 |
| 2. Zwischen Effizienz und Wirtschaftsfreiheit | 32 |
| § 2 Modernes Wirtschaftsleben und Globalisierung | 36 |
| 1. Auf zu neuen Horizonten | 36 |
| 2. Einfluss auf die Wettbewerber: Die Pflicht zur Anpassung | 36 |
| § 3 Informationsgesellschaft | 37 |
| 1. Gesellschaft und Wirtschaft | 37 |
| 2. Der Umgang mit Information | 39 |
| § 4 Die Information im Wettbewerb | 40 |
| 1. Das Problem der Entscheidung | 40 |
| 2. Rolle der Ökonomie | 41 |
| 3. Zusammenfassung und Gang der Arbeit | 42 |
| | |
| 2. Teil: Die Information | 45 |
| § 5 Was ist Information? | 45 |
| 1. Einleitung | 45 |
| 2. Die Information in der Rechtswissenschaft | 46 |
| 2.1. Information als Vorgang, Inhalt oder Zustand | 46 |
| 2.2. Information syntaktisch, semantisch oder pragmatisch | 48 |
| 2.3. Wissen und Information | 50 |
| 2.4. Kommunikation und Information | 52 |

| | | |
|-----------------|--|-----------|
| 2.5. | Die Information im Recht | 53 |
| 2.5.1. | Welche Information? | 53 |
| 2.5.2. | Exkurs: Informationsrecht oder Informationsordnung | 53 |
| 2.5.3. | Informationsrechtliche Intervention | 56 |
| 2.6. | Zusammenfassung | 57 |
| 3. | Die Information in der Wirtschaftswissenschaft | 58 |
| 3.1. | Einleitung | 58 |
| 3.2. | Die Ökonomie der Information | 59 |
| 3.2.1. | Kosten und Ineffizienzen | 59 |
| 3.2.2. | Information – ein produktives Gut | 59 |
| 3.2.3. | Informationskosten | 59 |
| § 6 | Information und Entscheidung | 60 |
| 1. | Einleitung | 60 |
| 2. | Information als Grundlage von Entscheidungen | 61 |
| 2.1. | Im Allgemeinen | 61 |
| 2.2. | In der Ökonomie | 62 |
| 3. | Relevanz | 62 |
| § 7 | Die Information in der vorliegenden Arbeit | 63 |
| 1. | Ausgangspunkt | 63 |
| 1.1. | Grundsätze aus der Rechtswissenschaft | 63 |
| 1.2. | Informationsökonomie | 64 |
| 2. | Schlussfolgerungen | 64 |
| 2.1. | Einleitung | 64 |
| 2.2. | Verwendbare Merkmale | 65 |
| 2.3. | Der Begriff der Information | 65 |
| 2.3.1. | Schnittmenge zwischen Recht und Ökonomie | 65 |
| 2.3.2. | Relevanz | 66 |
| 3. | Ausblick | 66 |
| 3. Teil: | Ökonomische Grundlagen | 69 |
| § 8 | Einleitung | 69 |
| 1. | Wettbewerbsrecht und Ökonomie | 69 |
| 2. | Der Informationsaustausch in der Ökonomie | 70 |
| 3. | Ökonomische Wettbewerbstheorie | 72 |
| 3.1. | Vollkommener Wettbewerb | 72 |
| 3.2. | Das Monopol | 74 |
| 3.3. | Das Oligopol | 78 |
| 3.3.1. | Einleitung | 78 |
| 3.3.2. | Feststellung der Interdependenz | 80 |

| | |
|--|-----------|
| 3.3.3. Das Oligopol und die Information | 81 |
| 3.3.4. Preisgestaltung als Beweis für die Interdependenz | 82 |
| a) Vorbemerkung | 82 |
| b) Gefangenendilemma | 82 |
| c) Ausblick auf die Spieltheorie und Begriffserklärungen | 85 |
| § 9 Statische Modelle | 87 |
| 1. Unterscheidung nach der Art des Wettbewerbs | 87 |
| 1.1. Grundlage | 87 |
| 1.2. Das Cournot-Modell | 88 |
| 1.3. Das Bertrand-Modell | 90 |
| 1.4. Edgeworth und Stackelberg | 91 |
| 1.5. Chamberlin | 92 |
| 2. Erkenntnisse aus den statischen Modellen | 93 |
| 2.1. Zur Bewertung statischer Wettbewerbsmodelle | 93 |
| 2.2. Der Weg hin zu dynamischen Wettbewerbsmodellen | 95 |
| 2.2.1. Statischer vs. dynamischer Wettbewerb | 95 |
| 2.2.2. Bowleys »Conjectural Variations« | 96 |
| 2.2.3. Die geknickte Nachfragekurve | 96 |
| 3. Zusammenfassung | 97 |
| § 10 Dynamische Modelle | 98 |
| 1. Vorbemerkungen | 98 |
| 1.1. Kollusion: Begriff und Abgrenzung | 98 |
| 1.1.1. Begriff im »rechtlichen Sinn« | 98 |
| 1.1.2. Begriff im ökonomischen Sinn | 99 |
| 1.1.3. Kollusion im Rahmen dieser Arbeit | 101 |
| 1.2. Berücksichtigung der Kollusionsmöglichkeit | 102 |
| 2. Spieltheorie | 103 |
| 2.1. actio et reactio | 103 |
| 2.2. Oligopolisten als Gefangene im Wettbewerb? | 104 |
| 2.2.1. Die Erkenntnisse aus dem Gefangenendilemma | 104 |
| 2.2.2. Spieltheorie als Oligopoltheorie | 106 |
| 2.2.3. Einphasige Spiele | 107 |
| 2.2.4. Wiederholte Spiele | 108 |
| a) Darstellbarkeit wiederholter Spiele | 108 |
| b) Endlich oft wiederholtes Spiel | 109 |
| c) Supergames | 110 |
| 3. Spieltheorie und Kollusion | 111 |
| 3.1. Vorbemerkung | 111 |
| 3.2. Mathematische Grundlage der Kollusionsfaktoren | 112 |

| | | |
|-------------|---|------------|
| 3.2.1. | Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung von Kollusion | 112 |
| a) | Allgemeines | 112 |
| b) | Der Mechanismus von Vergeltungsmassnahmen | 113 |
| c) | Der Diskontfaktor | 114 |
| 3.2.2. | »Grundformel« | 115 |
| 3.3. | Kollusionsrelevante Faktoren | 117 |
| 3.3.1. | Übersicht | 117 |
| 3.3.2. | Reine Marktstrukturkriterien | 118 |
| a) | Die Anzahl Wettbewerber | 118 |
| b) | Marktkonzentration | 119 |
| c) | Markteintrittsschranken | 120 |
| d) | Markttransparenz | 121 |
| 3.3.3. | Kriterien der Angebotsseite | 123 |
| a) | Homogenität der Anbieter | 123 |
| b) | Kostenstruktur | 123 |
| c) | Kapazitäten der beteiligten Unternehmen | 124 |
| d) | Art des verkauften Produkts (bzw. der Leistung) | 126 |
| e) | Technologie und Innovation | 127 |
| f) | Kontakt auf mehreren Märkten | 128 |
| 3.3.4. | Kriterien der Nachfrageseite | 129 |
| a) | Marktphase | 129 |
| b) | Nachfrageveränderungen und Nachfragemacht | 130 |
| c) | Elastizität der Nachfrage | 132 |
| 3.3.5. | Weitere Faktoren | 134 |
| 3.3.6. | Abhängigkeiten zwischen den verschiedenen Kriterien | 135 |
| 4. | Neuere Ansätze | 136 |
| 4.1. | Das Axiom rationalen Verhaltens: Evolutorische Spieltheorie | 136 |
| 4.2. | Verhaltenspsychologie und Behavioral Economics | 137 |
| § 11 | Erkenntnisse für den Informationsaustausch | 139 |
| 1. | Ausgangslage | 139 |
| 1.1. | Vorbemerkung: Informationsaustausch als Instrument für und gegen den Wettbewerb | 139 |
| 1.2. | Gliederung | 140 |
| 2. | Informationsaustausch in statischen Modellen | 141 |
| 2.1. | Zusammenfassung der Erkenntnisse | 141 |
| 2.1.1. | Allgemeines | 141 |
| 2.1.2. | Cournot-Wettbewerb | 141 |
| 2.1.3. | Bertrand-Wettbewerb | 144 |
| 2.1.4. | Fazit | 144 |
| 2.2. | Exkurs/Ausblick: »Welfare Effects« | 145 |

| | | |
|-----------------|--|------------|
| 3. | Informationsaustausch in dynamischen Modellen unter Berücksichtigung neuerer Ansätze | 146 |
| 3.1. | Vorbemerkung | 146 |
| 3.2. | Beseitigung von Unsicherheiten | 149 |
| 3.2.1. | Trigger-Strategien | 149 |
| 3.2.2. | Laufzeit und Bestrafung | 151 |
| 3.2.3. | Spielhintergrund und Fokus-Punkte | 152 |
| 3.2.4. | Reputation und Lerneffekte | 153 |
| 3.3. | Private/individuelle Information und Kommunikation | 154 |
| 3.4. | Schlussfolgerungen | 155 |
| 4. | Zusammenfassung | 156 |
| 4.1. | Ökonomie im Wandel der Zeit | 156 |
| 4.2. | Information als Hilfsmittel | 158 |
| 5. | Rückblick, Ausblick und Gang der Arbeit | 159 |
| | | |
| 4. Teil: | Rechtliche Grundlagen | 161 |
| | | |
| § 12 | Einleitung | 161 |
| 1. | Vorbemerkungen | 161 |
| 2. | Ausblick | 162 |
| | | |
| § 13 | Rechtliche Rahmenbedingungen | 163 |
| 1. | Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen von 1995 | 163 |
| 1.1. | Übersicht | 163 |
| 1.2. | Unzulässige Wettbewerbsabreden | 165 |
| 1.2.1. | Gesetzlicher Tatbestand | 165 |
| 1.2.2. | Rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen | 167 |
| a) | In der Theorie | 167 |
| b) | In der Praxis | 168 |
| 1.2.3. | Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen | 171 |
| a) | Vorbemerkungen | 171 |
| b) | Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise | 172 |
| c) | Das Selbständigkeitspostulat | 176 |
| d) | Abgrenzungen | 177 |
| e) | In der Praxis | 180 |
| 1.2.4. | Bezwecken und Bewirken | 184 |
| 1.2.5. | Unzulässigkeit der Abrede bzw. der abgestimmten Verhaltensweise | 185 |
| 1.3. | Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen | 189 |
| | | |
| | | 17 |

| | |
|---|------------|
| 1.3.1. Gesetzlicher Tatbestand | 189 |
| a) Allgemeines | 189 |
| b) Kollektive Marktbeherrschung | 190 |
| c) Kriterienkatalog in der Praxis | 192 |
| d) Empirische Überprüfung | 196 |
| 1.3.2. Zusammenfassung | 197 |
| 1.4. Verhältnis zwischen Art. 5 und Art. 7 KG | 198 |
| 2. Vorbemerkung zum europäischen und US-amerikanischen Recht | 200 |
| 3. EU-Recht | 201 |
| 3.1. Überblick | 201 |
| 3.2. Art. 101 AEUV (Art. 81 EGV) | 202 |
| 3.2.1. Gesetzlicher Tatbestand | 202 |
| 3.2.2. Abgestimmte Verhaltensweisen im Besonderen | 205 |
| 3.2.3. Kernpunkte | 206 |
| 3.3. Art. 102 AEUV (Art. 82 EGV) | 208 |
| 3.3.1. Gesetzlicher Tatbestand | 208 |
| a) Überblick | 208 |
| b) Kollektive Marktbeherrschung | 210 |
| c) Rechtsfolgen | 211 |
| 3.3.2. Kernpunkte | 211 |
| 4. US-Recht | 213 |
| 4.1. Übersicht über die Rechtsgrundlagen | 221 |
| 4.2. Sherman und Clayton Act | 213 |
| 4.3. FTC Act | 217 |
| 5. Auswirkungsprinzip | 218 |
| 6. Abschliessende Bemerkungen | 220 |
| § 14 Der Informationsaustausch im rechtlichen Kontext | 221 |
| 1. Vorbemerkungen | 221 |
| 1.1. Von der Ambivalenz der Information – oder: Die Bretzel-Strategie | 221 |
| 1.2. Überblick | 222 |
| 2. Der Informationsaustausch im Schweizer Recht | 222 |
| 2.1. Ausgangslage | 222 |
| 2.2. Praxis im Bereich der Versicherungen | 224 |
| 2.3. Rechtsprechung in der Schweiz | 226 |
| 2.3.1. Baumeister, Gebäudeversicherungen, Schlachtschweine und Elektroinstallationsbetriebe | 226 |
| 2.3.2. Sunrise/Orange | 229 |
| 2.3.3. Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen | 229 |
| a) Allgemeine Vorbemerkungen; Gegenstand des Verfahrens | 229 |
| b) Formelle Vorbemerkungen | 230 |

| | | |
|-----------------|--|------------|
| c) | Zum Sachverhalt: Die verhängnisvolle Partie Golf | 231 |
| d) | Die rechtliche Einordnung des Sachverhalts | 233 |
| e) | Schlussfolgerungen | 235 |
| 2.3.4. | Baubeschläge | 236 |
| a) | Vorbemerkungen | 236 |
| b) | Zum Sachverhalt: »Preiserhöhung für 2007, wenn ja, wie hoch« | 236 |
| c) | Die rechtliche Einordnung des Sachverhalts | 238 |
| d) | Schlussfolgerungen | 240 |
| 3. | Der Informationsaustausch in der EU | 241 |
| 3.1. | Überblick | 241 |
| 3.2. | Shipping guidelines | 241 |
| 3.3. | Leitlinien für die horizontale Zusammenarbeit | 243 |
| 3.4. | Rechtsprechung in der EU | 247 |
| 3.4.1. | Einleitung | 247 |
| 3.4.2. | John Deere und Finnboard | 247 |
| 3.4.3. | Anic Partecipazioni | 250 |
| 3.4.4. | Tate & Lyle u.a. | 253 |
| 3.4.5. | Thyssen Stahl | 254 |
| 3.4.6. | Asnef-Equifax/Ausbanc | 256 |
| 3.4.7. | T-Mobile Netherlands BV u.a. | 259 |
| 4. | Der Informationsaustausch in den USA | 261 |
| 4.1. | Guidelines | 261 |
| 4.2. | Rechtsprechung in den USA | 262 |
| | | |
| 5. Teil: | Der Informationsaustausch als kartellrechtlicher Tatbestand | 265 |
| | | |
| § 15 | Der Informationsaustausch und seine kartellrechtlichen Anknüpfungspunkte im Allgemeinen | 265 |
| 1. | Einleitung | 265 |
| 1.1. | Erkenntnisse aus den vorangehenden Teilen | 265 |
| 1.2. | Die Ökonomie in der Rechtsanwendung | 268 |
| 1.3. | Konnexe und inkonnexe Austauschsysteme | 270 |
| 1.3.1. | Konnexe Austauschsysteme | 270 |
| 1.3.2. | Nicht konnexe Austauschsysteme | 272 |
| 2. | Kollektive Marktbeherrschung | 272 |
| 3. | Rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen | 278 |
| 3.1. | Zur Wettbewerbsabrede im eigentlichen Sinn (Vereinbarung) | 278 |
| 3.2. | Abgrenzungsfragen | 279 |

| | |
|---|-----|
| § 16 Der Informationsaustausch als abgestimmte Verhaltensweise im Besonderen | 280 |
| 1. Übersicht | 280 |
| 2. Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern | 284 |
| 3. Beseitigung von Unsicherheiten durch die Information | 286 |
| 3.1. Die Information und die Erweiterung des Handlungsspielraumes | 286 |
| 3.2. Wesen des Informationsaustauschs | 288 |
| 3.2.1. Vorbemerkung | 288 |
| 3.2.2. Art der Information (Informationsinhalt) | 289 |
| a) Einleitung | 289 |
| b) Der Preis als direkter Parameter | 290 |
| c) Produktionsmenge und Umsatz | 292 |
| d) Weitere Parameter | 293 |
| e) Bedeutung der Information auf dem Markt und Marktabdeckung | 294 |
| 3.2.3. Aktualität der Information und Aggregationsniveau | 295 |
| 3.3. Form des Informationsaustauschs: Organisation und Häufigkeit | 297 |
| 3.4. Marktstruktur bzw. Marktbedingungen | 300 |
| 3.5. Zwischenfazit und Standortbestimmung | 304 |
| 4. Tatsächlich festgestelltes Verhalten und Kausalzusammenhang zwischen diesem und dem Informationsaustausch | 305 |
| 4.1. Das Verhalten und dessen Ursache; der Kausalzusammenhang als Abgrenzungskriterium zu anderen Parallelverhalten | 305 |
| 4.2. Vermutungen im Besonderen | 308 |
| 4.2.1. Vom Wesen der Vermutung im Allgemeinen | 308 |
| 4.2.2. Vermutung des Kausalzusammenhangs zwischen Informationsaustausch und Verhalten | 311 |
| 5. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung | 315 |
| 5.1. Abgrenzungen, namentlich zum tatsächlich festgestellten Verhalten | 315 |
| 5.2. Bezwecken | 316 |
| 5.3. Bewirken | 319 |
| 6. Vermutung der Beseitigung oder erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs | 320 |
| 6.1. Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG | 320 |
| 6.2. Sanktionierbarkeit | 320 |
| 6.3. Wettbewerbsbeschränkung | 322 |
| 6.4. Erheblichkeit | 322 |
| 7. Rechtfertigung aus Effizienzgründen | 323 |
| 7.1. Sinn der Norm | 323 |
| 7.2. Ausgewählte Bereiche | 324 |

| | |
|---|---------|
| 8. Zusammenfassung und Anmerkungen | 328 |
| § 17 Abschliessende Bemerkungen | 329 |
| 1. Der Informationsaustausch als Beweisproblem: Von »smoke-filled rooms« über Sachverhalts- bis zu Verfahrensfragen | 329 |
| 2. Unsicherheit anderer Art: Compliance | 331 |
| 3. Erschreckend klüger »als wie zuvor«? | 333 |
| Literaturverzeichnis | 339 |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-------------|--|
| a | alt |
| a.A. | am Anfang; anderer Ansicht |
| a.a.O. | am angegebenen Ort |
| ABIEG | Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft |
| Abs. | Absatz |
| Abschn. | Abschnitt |
| a.E. | am Ende |
| AEUV | Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union |
| AGB | Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| allg. | allgemein |
| alt | frühere Fassung des betreffenden Gesetzes |
| a.M. | anderer Meinung; am Main |
| Anm. | Anmerkung |
| Art. | Artikel (im Singular oder Plural) |
| AS | Amtliche Sammlung des Bundesrechts |
| AT | Allgemeiner Teil |
| Aufl. | Auflage |
| BBl | Bundesblatt der Schweizerischen Eidgenossenschaft |
| betr. | betreffend |
| BG | Bundesgesetz |
| BGE | Bundesgerichtsentscheid |
| BGer | Bundesgericht |
| BK | Berner Kommentar |
| BSK | Basler Kommentar |
| bspw. | beispielsweise |
| BV | Bundesverfassung |
| bzw. | beziehungsweise |
| B2B | Business to Business |
| CR | Commentaire romand |
| Ders./ders. | derselbe (Autor) |
| Dies./dies. | dieselbe (Autorin), dieselben (Autoren) |
| Diss. | Dissertation |
| d.h. | das heisst |
| E | Entwurf |
| E. | Erwägung(en) |
| EGV | Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft |
| Einl. | Einleitung |
| EMRK | Europäische Menschenrechtskonvention |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|-----------|---|
| engl. | englisch |
| et al. | et alii (lat. für: und weitere) |
| etc. | et cetera (lat. für: und im Übrigen bzw. und so weiter) |
| EU | Europäische Union |
| EuG | Europäisches Gericht bzw. lediglich »Gericht« (vormals Europäisches Gericht erster Instanz) |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| evtl. | eventuell |
| f./ff. | folgende Seite(n)/Randziffer(n)/Note(n) |
| FAZ (faz) | Frankfurter Allgemeine Zeitung |
| Fn | Fussnote |
| FS | Festschrift |
| FTC | Federal Trade Commission (USA) |
| GestG | BG vom 24. März 2000 über den Gerichtsstand in Zivilsachen, Gerichtsstandsgesetz (SR 272); ausser Kraft |
| gl.A. | gleicher Ansicht |
| gl.M. | gleicher Meinung |
| Habil. | Habilitation |
| h.L. | herrschende Lehre |
| h.M. | herrschende Meinung |
| Hrsg. | Herausgeber |
| HS | Halbsatz |
| ibid. | ibidem (lat. für: daselbst, am gleichen Ort, an gleicher Stelle) |
| i.c. | in casu; in concreto (lat. für: im vorliegenden Fall; konkret) |
| i.f. | in fine (lat. für: am Ende) |
| i.K. | in Kraft |
| insb. | insbesondere |
| i.S. | in Sachen |
| i.S.v. | im Sinne von |
| i.V.m. | in Verbindung mit |
| KG | BG vom 6. Oktober 1995 über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (SR 251) |
| lat. | lateinisch |
| lit. | litera (lat. für: Buchstabe) |
| m.a.W. | mit anderen Worten |
| m.E. | meines Erachtens |
| m.w.H. | mit weiteren Hinweisen |
| m.w.N. | mit weiteren Nachweisen |
| m.w.V. | mit weiteren Verweisen |
| N | Randnote(n) |
| No. | number (engl. für: Nummer) |
| Nr. | Nummer |
| NZZ | Neue Zürcher Zeitung |

| | |
|----------|---|
| o.ä. | oder ähnliches |
| OP | Occasional Paper |
| op. cit. | opus citatum (lat. für: das angegebene Werk) |
| OR | BG vom 30. März 1911 betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches; Fünfter Teil: Obligationenrecht (SR 220) |
| Pra | Praxis des Bundesgerichts |
| RPW | Recht und Politik des Wettbewerbs |
| Rs. | Rechtssache |
| Rz | Randziffer(n) |
| S. | Seite(n) |
| sc. | scilicet (lat. für: das heisst, nämlich) |
| sic! | Zeitschrift für Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht |
| SJZ | Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich) |
| Slg. | Sammlung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und des Gerichts (erster Instanz) bzw. des Europäischen Gerichts |
| sog. | sogenannt |
| SR | Systematische Sammlung des Bundesrechts (Systematische Rechtssammlung), zitiert nach Ordnungsnummern |
| StGB | Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311) |
| StPO | Schweizerische Strafprozessordnung vom 5. Oktober 2007 (SR 312) |
| u.a. | unter anderem |
| US | United States |
| U.S. | United States Reports (cases argued and determined in the Supreme Court of the United States) |
| USA | United States of America |
| U.S.C. | United States Code |
| u.U. | unter Umständen |
| UWG | BG vom 19. Dezember 1986 gegen den unlauteren Wettbewerb (SR 241) |
| v. | von |
| v.a. | vor allem |
| vgl. | vergleiche |
| Vol. | volume (engl. für: Band oder Jahrgang) |
| Vorb. | Vorbemerkung(en) |
| v./vs. | versus (lat. für: gegen) |
| VwVG | BG vom 20. Dezember 1968 über das Verwaltungsverfahren (SR 172.021) |
| WEKO | Schweizerische Wettbewerbskommission |
| WuW | Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift für Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht, Düsseldorf) |
| www | World Wide Web |
| z.B. | zum Beispiel |
| ZGB | Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210) |
| Ziff. | Ziffer(n) |
| zit. | zitiert |

Abkürzungsverzeichnis

| | |
|------|---|
| ZK | Zürcher Kommentar |
| ZPO | Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272) |
| z.T. | zum Teil |

Abbildungsverzeichnis

| | | |
|--------------|---|-----|
| ABBILDUNG 1: | Wissenspyramide | 51 |
| ABBILDUNG 2: | Marktgleichgewicht bei perfekter Konkurrenz | 73 |
| ABBILDUNG 3: | Marktergebnis im Monopol | 76 |
| ABBILDUNG 4: | Gefangenendilemma | 84 |
| ABBILDUNG 5: | Kollusionsrelevante Faktoren | 118 |
| ABBILDUNG 6: | Übersicht Parallelverhalten | 180 |

1. Teil: Einleitung

§ 1 *Besser mit als ohne?*

1. »Informiertheit« als erstrebenswerter Zustand

1.1. Nathan war weise – oder einfach nur informiert

Eine Legende um die alte Bankierdynastie »Rothschild« lautet wie folgt: Als im Jahre 1815 der Bankier Nathan Rothschild in London dank Brieftauben – oder, je nach Quelle, Kanalschiffen – vor allen anderen die Niederlage Napoleons bei Waterloo erfahren hatte, entschied er sich, seine Staatsanleihen an der Börse zu verkaufen. Damit erweckte er den Anschein der britischen Niederlage, weshalb ihm weitere Anleger folgten und der Kurs in den Keller sank. In der Folge kaufte Rothschild diese Anleihen zum nun tieferen Preis wieder zurück und als die Nachricht des Sieges über Napoleon auch die übrigen Spekulanten Londons erreichte, stiegen die Kurse auf Höchstwerte. Nathan soll die Staatsanleihen schliesslich mit erheblichem Gewinn veräussert haben¹.

Wäre an dieser Geschichte alles wahr, so würde sie kaum als Legende bezeichnet. Sie ist auch nicht die einzige sich um diese berühmte Familie rankende Legende. Wie so oft können aber gewisse Aspekte als historisch erwiesen betrachtet werden. So soll Nathan Rothschild, tatsächlich Bankier in London, für die Finanzierung des Krieges gegen Napoleon gesorgt haben, teils mit eigenem und teils mit fremdem Kapital. Sein Kerngeschäft war zunächst, dass er die englische Armee mit Gold- und Silbermünzen versorgte. Hierzu schuf er sich zusammen mit seinen Brüdern ein sich über halb Europa erstreckendes Netzwerk. Mit dem Einstieg ins Arbitrage-Geschäft konnten die Brüder viel Geld verdienen, waren es doch ihre Transfers, die den Sterling-Wechselkurs und den Kurs von Staatsanleihen ins Schwanken brachten. Ihr Netzwerk erlaubte es den Rothschilds, Preisdifferenzen schnell zu erkennen und ausnützen zu können. Es soll auch zu einer Episode im Zusammenhang mit der Schlacht von Waterloo gekommen sein. Tatsächlich dürfte Nathan Rothschild aufgrund seines Netzwerkes als Erster von der Niederlage Napoleons erfahren haben, bemerkenswerterweise gar zwei Tage vor dem britischen Parlament. Der Sieg der Briten war für die

1 JUDITH LEMBKE, Finanzdynastie Rothschild: Im 20. Jahrhundert unerwünscht, in: FAZ vom 1. Oktober 2008 (abrufbar online unter www.faz.net; zuletzt besucht am 11. Oktober 2011).

Bankiers aber nicht der Glückstreffer, wie dies die Legende vorgibt, denn sie profitierten vom Krieg und den damit verbundenen Umständen und nicht vom Frieden. Kurz vor dem Bankrott gelang es Nathan Rothschild allerdings, durch waghalsige Spekulationen in Staatsanleihen und bestimmte Aktien den Verlust wettzumachen².

Und die Moral von der Geschichte? Sowohl aus der Legende als auch aus den tatsächlichen Gegebenheiten lassen sich zwei wichtige Schlüsse ziehen: Wer zur richtigen Zeit die richtigen Informationen hat, der kann seine Entscheide auf eine bessere Grundlage stellen. Besitzt der Entscheidungsträger die Information gar vor allen anderen, so ist er im Vorteil und kann daraus einen Gewinn ziehen. Das Resultat bzw. die Wirkung des eigenen Handelns lässt sich beeinflussen, je besser man informiert ist. Jedenfalls entfällt oder verringert sich mit der Information die Unsicherheit über die Grundlagen und die Konsequenzen einer Entscheidung. Folgte man der Legende, so hätte Nathan Rothschild zwar auch ohne das Wissen um die Niederlage Napoleons denselben Entscheid treffen können. Es ist aber fraglich, ob er ihn getroffen hätte, wenn er nicht über die Information verfügt hätte, die den Preis der Anleihen nach dem Verkauf wieder ansteigen liess. Der zweite Schluss, wiederum unter Bezugnahme auf die Legende, weist auf die Problematik der »richtigen Information« hin. Der Verkauf der Anleihen durch Rothschild vermittelte den übrigen Spekulanten den Eindruck, die Briten hätten den Krieg verloren, was in der Folge zum breit angelegten Verkauf der Anleihen und damit zum dramatischen Kurssturz führte. Mit anderen Worten übermittelte Nathan Rothschild mit seinem Verhalten, demnach implizit, die – letztlich falsche – Information der britischen Niederlage. Auf diese falsche Information liess sich aber keine gewinnbringende Entscheidung stützen. Bessere Informiertheit kann somit nur dann zum Vorteil gereichen, wenn die Information »richtig« ist. Entscheidungsträger haben also Voraussetzungen zu schaffen, um richtige von falschen Informationen unterscheiden zu können. Die Frage, ob Nathan weise oder gewissenhaft handelte, soll an dieser Stelle nicht beantwortet werden. Wissen hat bekanntlich nichts mit Gewissen zu tun. Immerhin aber war er geschäftstüchtig, clever und vor allem informiert.

1.2. Wirtschaft und Wettbewerb

Auch Unternehmen sehen sich mit Entscheidungssituationen konfrontiert. Besondere Relevanz erhält das unterschiedliche Mass an Informiertheit allerdings erst,

2 NIALL FERGUSON, Nathan, der Spieler, in: ZEIT Nr. 25/04 (abrufbar online unter www.zeit.de; zuletzt besucht am 11. Oktober 2011); vgl. auch JUDITH LEMBKE, a.a.O. (vgl. Fn 1).

wenn Konkurrenten um die Gunst der Nachfrager kämpfen. Eine solche Situation muss aber nicht zwingend vorliegen. Grundsätzlich stehen sich drei Grundtypen bzw. Modelle gegenüber, die als Strukturelemente der Wirtschaftsverfassung bezeichnet werden können: Die Marktwirtschaft, die Planwirtschaft und die Gruppenvereinbarungswirtschaft³. Jedes dieser Modelle hat je sein eigenes Koordinationsmittel. Während dasjenige der Marktwirtschaft der Wettbewerb ist, zeichnet sich die Planwirtschaft durch eine oftmals zentristische Verwaltung des gesamten wirtschaftlichen Handelns aus. Die Gruppenvereinbarungswirtschaft wiederum ist geprägt durch die Kartellbildung⁴. Die Existenz von Mischformen dieser Strukturelemente ist nicht nur die Folge unternehmerischer Entscheide (Kartellbildung), sondern auch von wettbewerbspolitischer Einflussnahme durch den Staat, beispielsweise mittels korrigierender Massnahmen. Diese Eingriffe in den »Idealzustand« eines Modells können allgemein betrachtet weder als schlecht noch als gut, unter Umständen aber als notwendig bezeichnet werden. Der schweizerische Verfassungsgeber hat sich jedenfalls für den Wettbewerb als Koordinationsinstrument entschieden (Art. 96 BV). Gleichzeitig wurde mit dieser Bestimmung die Möglichkeit geschaffen, dass der Staat bei Bedarf intervenieren kann.

1.3. Der Entscheid für den Wettbewerb

Der Entscheid für den Wettbewerb als Koordinationsinstrument erfolgte wohl aufgrund der Überzeugung, dass Wettbewerb am ehesten dem Grundverständnis zur Freiheit des Menschen und zum Verhältnis des Staates zu seinen Bürgern passt⁵. Für den Wettbewerb sprechen denn auch nicht nur wirtschaftliche Aspekte, sondern auch ökologische, soziale und politische⁶. Der Wettbewerb erfüllt daneben verschiedene Funktionen, die eine positive Wirkung auf das wirtschaftliche Handeln haben, beispielsweise die Förderung von Innovation, die optimale Ressourcen-Allokation oder die Renditenormalisierungs- und Preisstabilisierungsfunktion⁷. Nichtsdestotrotz erscheint der Wettbewerb, als komplexer und

3 Vgl. WEBER, in: SIWR V/2, S. 3, der zu Recht darauf hinweist, dass es sich (mittlerweile) nicht (mehr) um in sich abgeschlossene Systeme handelt. Denkbar sind ohne Weiteres auch Mischformen.

4 Vgl. WEBER, in: SIWR V/2, S. 3, mit weiteren Hinweisen.

5 Dazu auch die Einleitung bei HELLWIG, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, S. 233.

6 ZÄCH, Kartellrecht, S. 18 ff.; vgl. auch die grundlegenden Ausführungen zur Funktionsweise des Wettbewerbs in *United States vs. Syufy Enterprises*, 903 F.2d 659 (United States Court of Appeals for the 9th Circuit, 1990); ZÄCH, Kontrahierungszwang, S. 1 f.

7 WEBER, in: SIWR V/2, S. 7 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, S. 10 ff.; ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar, Art. 1 N 2.

dynamischer Prozess, für die Unternehmen als anstrengend, und dies ungeachtet der durch ihn bzw. durch die Marktwirtschaft geschaffenen Freiheiten. Wettbewerb verlangt, ständig in Bewegung zu sein⁸. Ein besonderes Merkmal des Wettbewerbs ist, dass Unternehmen grundsätzlich frei über ihr Marktverhalten entscheiden können. Weder schreibt ihnen der Staat vor, was zu tun ist, noch sind es andere Unternehmen, die ein Verhalten »aufzwingen«, ohne dass hierzu beispielsweise marktstrukturelle Gründe vorliegen würden. Diese Freiheit bringt aber mit sich, dass Unternehmen auf sich allein gestellt sind und selber für erfolgreiches Handeln besorgt sein müssen. Erfolg bedingt allerdings wirtschaftlich »richtige« Entscheide. Weil diese Richtigkeit jedoch wandelbar oder vom Eintritt anderer, zukünftiger Ereignisse abhängig ist, wird jeder Entscheid von Unsicherheit begleitet. Wettbewerb trägt daher Unsicherheit in sich, die sich einzig durch entsprechende Informationen beseitigen lässt.

2. Zwischen Effizienz und Wirtschaftsfreiheit

Eine bedeutende Funktion des Wettbewerbs ist die Risikoverteilungs- und Auslesefunktion. Erstere gründet darauf, dass Unternehmer ihre Entscheidungen selber fällen können, danach aber nicht nur Gewinne behalten dürfen, sondern auch Verluste selber zu tragen haben⁹. Gerade in Zeiten, in denen Staaten (sog. systemrelevanten) Unternehmen unter die Arme greifen, weil diese bestimmte Risiken eingegangen sind, die sie in der Folge alleine nicht mehr bewältigen können, erlangt diese Funktion eine besondere Aktualität – wenn auch im negativen Sinne. Aus der Risikoverteilungsfunktion geht schliesslich die Auslesefunktion hervor. Der Wettbewerb führt dazu, dass sich solche Unternehmen, die ineffizient wirtschaften, nicht durchsetzen können, weil sie zugunsten der effizienten Wettbewerber Marktanteile verlieren. Letztlich werden sie aus dem Markt verdrängt, was unter Umständen als Strukturwandel gewertet werden kann. Die Bildung von Kartellen ist ein Weg, diesem Wandel zu begegnen¹⁰.

Wettbewerb fördert somit grundsätzlich die Effizienz auf einem Markt. Allerdings ist Effizienz nicht etwa ein Leitbild im schweizerischen Wettbewerbsrecht, dem sich alles unterzuordnen hätte. Diese Feststellung ist zwar nicht von entscheidender Bedeutung, aber immerhin erwähnenswert: Leitbilder beeinflussen in erster Linie die Gesetzgebung. Im Rahmen einer teleologischen und funktionalen Auslegung wirken sie aber auch auf die Rechtsanwendung¹¹. Die Frage,

8 ZÄCH, Kartellrecht, S. 5; ZÄCH, Kontrahierungszwang, S. 1 f.

9 WEBER, in: SIWR V/2, S. 8.

10 ZÄCH, Kartellrecht, S. 16 f.; WEBER, in: SIWR V/2, S. 8 f.

11 WEBER, in: SIWR V/2, S. 8.

inwiefern Effizienzziele bei der Auslegung von kartellrechtlichen Normen zu beachten sind, erlangt damit unter bestimmten Voraussetzungen eine gewisse Relevanz. Das Schweizer Kartellgesetz basiert auf dem wettbewerbspolitischen Leitbild des »wirksamen Wettbewerbs«, einem Begriff, der an unterschiedlichen Stellen im Gesetzestext verwendet wird (vgl. beispielsweise Art. 5 Abs. 1 KG). Diesem Leitbild liegt – in Abkehr von der Saldomethode, die unter den Kartellgesetzen von 1962 und 1985 vorherrschte – die Auffassung zugrunde, dass der Wettbewerb in erster Linie seine Funktionen erfüllen soll. Sind die zentralen Funktionen auf einem bestimmten Markt nicht erheblich gestört, so wird von wirksamem Wettbewerb gesprochen¹². Dies bedeutet wiederum, dass ohne Weiteres vereinzelte Ungleichgewichte vorhanden sein können, denn gerade in einem funktionierenden Wettbewerb kann es zu überragenden Leistungen einzelner Wettbewerber kommen¹³. Dies ändert aber nichts daran, dass der Wettbewerb noch immer *wirksam* ist.

Sodann fragt sich, was bei einem solchermaßen interpretierten Leitbild das Schutzobjekt des Kartellrechts sein könnte. Dabei schwenkt der Blick wieder zurück auf Art. 96 BV und Art. 1 KG, den Zweckartikel im Kartellgesetz. Die Frage des Schutzobjektes wird kontrovers diskutiert. Es stehen sich zwei Lager gegenüber, wobei das eine für den Schutz des Wettbewerbs als Institution einsteht (*Institutionsschutz*) und das andere zusätzlich einen *Individualschutz* verlangt, mithin die Wirtschaftsfreiheit des einzelnen Wettbewerbers ebenso in die Erwägungen mit einbezogen haben will¹⁴. Im Rahmen dieser Arbeit ist diese Frage zwar nicht von besonderer Relevanz, weshalb sie nicht eingehend erörtert zu werden braucht. Immerhin sei angemerkt, dass der reine Institutionsschutz bereits mit Art. 35 BV in Konflikt geraten dürfte und daher in seiner Absolutheit kaum vertretbar sein dürfte. Andererseits müsste in einer Konfliktsituation, in welcher der Wettbewerb als Institution der Wirtschaftsfreiheit des Einzelnen direkt gegenübersteht, wohl der Institution der Vorzug gegeben werden, ansonsten der Grundsatzentscheid zugunsten des Wettbewerbs ausgehöhlt würde¹⁵. Daraus wäre zu folgern, dass das Schutzobjekt sowohl der Wettbewerb als solcher als auch die Wirtschaftsfreiheit bzw. die wirtschaftliche Handlungsfreiheit der ein-

12 Vgl. BOTSCHAFT 1994, S. 511 ff.; siehe auch BAKER & MCKENZIE, Handkommentar zum KG, Art. 1 N 17.

13 BSK KG-LEHNE, Art. 1 N 27 ff.; vgl. auch HELLWIG, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, S. 247 f.

14 BSK KG-LEHNE, Art. 1 N 35 ff.; vgl. zur Diskussion auf europäischer bzw. deutscher Ebene MÖSCHEL, Wettbewerb zwischen Handlungsfreiheiten und Effizienzzielen, S. 357 ff.; im Übrigen aber insbesondere ZÄCH/KÜNZLER, Efficiency, S. 269 ff.; ZÄCH/KÜNZLER, Individualschutz, S. 296 ff.; ZÄCH, Wettbewerbsfreiheit, S. 16 ff.

15 Vgl. dazu auch BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 155 ff. mit Hinweisen auf die Praxis der WEKO sowie diejenige des Bundesgerichts; vgl. aber auch ZÄCH/KÜNZLER, Individualschutz, S. 293 ff.

zelenen Marktteilnehmer ist. Nur wenn die Berücksichtigung des letzteren Schutzobjekts den Wettbewerb als Institution in Frage stellen würde, müsste der Institutionsschutz vorgezogen werden¹⁶.

Nathan Rothschild konnte aufgrund seiner Informationen dort investieren, wo er am meisten Geld verdiente. Insofern war sein Mitteleinsatz äusserst effizient. Auch der Wettbewerb fördert die Effizienz, und eventuell lässt sich dieser durch entsprechende Informationen gar verstärken oder bestimmte ungewollte Wirkungen eindämmen, zum Beispiel indem durch Informationen Fehlallokationen vermieden werden. Aus der Sicht der Unternehmen würde die Devise daher, wie der einleitende Titel suggeriert, »besser mit Information als ohne« lauten. Was aber, wenn die Wettbewerber durch die empfangenen Informationen zwar effizienter werden, ein anderer Marktteilnehmer dadurch aber in seiner Handlungsfreiheit eingeschränkt oder die Marktgegenseite an den durch die erhöhte Effizienz erwirtschafteten Erträgen nicht beteiligt wird? Führen wir uns folgende Situation vor Augen: Anstatt Bankier ist Rothschild nun Bäcker in einem kleinen, übersichtlichen und vor allem abgelegenen Bergdorf. Dieser Beruf ist zwar gleichermaßen ehrenvoll, erfahrungsgemäss aber weniger lukrativ. Um dies zu ändern, beschliesst Nathan, den Preis für Brot zu erhöhen. Ob diese Rechnung aufgeht, bestimmt sich danach, wie sich der einzige Konkurrent im Dorf verhalten wird. Verlangt dieser für das qualitativ gleichwertige Brot weiterhin den nun tieferen, bisherigen Preis, werden alle Dorfbewohner das Brot bei ihm kaufen. Nathan wird demnach Verluste einfahren. Zieht der Konkurrent hingegen mit, können beide ihren Gewinn erhöhen. Der Entscheid, den Preis zu erhöhen, kann demnach hinsichtlich des zu erwartenden Erfolgs entweder richtig oder falsch sein. Ist Nathan bereit, die Konsequenzen seines eigenen, freien Entscheides zu tragen? Nach Feierabend trifft er seinen Konkurrenten auf der Strasse und teilt ihm mit, dass er ab der kommenden Woche für das Kilo Brot 10% mehr verlangen werde. Der Konkurrent seinerseits lässt erkennen, dass er einer solchen Preiserhöhung gegenüber nicht abgeneigt wäre. Tatsächlich setzt Rothschild diese Preiserhöhung um und sein Konkurrent tut es ihm gleich. Beide steigern dadurch ihren Gewinn.

Die Unsicherheit über die Folgen des Entscheides war für Nathan zu gross, das Risiko von Verlusten wollte er nicht tragen. Aus diesem Grund übermittelte er seinem Konkurrenten die Information des Umfangs und des Zeitpunktes der beabsichtigten Preiserhöhung. Dieses Beispiel zeigt auf, wie Unternehmen zwischen Wettbewerb und den damit verbundenen Unsicherheiten auf der einen und der Sicherheit hinsichtlich des Marktverhaltens der Konkurrenten und, daraus folgend, den Gewinnaussichten auf der anderen Seite abzuwägen haben. Die

16 Vgl. BSK KG-LEHNE, Art. 1 N 35 ff.; kritisch ZÄCH/KÜNZLER, Individualschutz, S. 292 ff.

Möglichkeit abzuwägen lässt aber nicht auf eine tatsächlich bestehende Wahlfreiheit schliessen. Zwar könnte durchaus argumentiert werden, dass die Absprache den Bäckern die richtige Preisfindung (im Sinne eines »trial-and-error«-Prozesses) oder die Mengenkalkulation (Über- oder Unterproduktion; Fehlallokationen) erleichtert und dadurch verbilligt. Die dadurch freigewordenen Mittel könnten »besser« eingesetzt werden, wodurch die Effizienz der Unternehmen erhöht würde. Wettbewerb als Koordinationsinstrument funktioniert aber nicht dadurch, dass Unternehmen ihr Marktverhalten untereinander absprechen. Vielmehr müsste er durch den Willen der Wettbewerber geprägt sein, besser als der Konkurrent sein zu wollen. Aus diesem Grund schränken Wettbewerbsvorschriften die obgenannte Wahlfreiheit ein und sichern den Wettbewerb mit der Androhung von Sanktionen. Denn selbst wenn die Unternehmen durch die Absprache effizienter würden, ist dem Schutzobjekt nicht genüge getan, wenn davon nur die Unternehmen profitieren oder andere Marktteilnehmer in ihrem Handeln eingeschränkt werden. Die Effizienzerhöhung darf mit anderen Worten nicht bloss die Unternehmen begünstigen, sondern muss grundsätzlich dem Markt schlechthin zugute kommen. Mit anderen Worten darf sie insbesondere nicht zulasten der Marktgegenseite gehen, vorliegend zulasten der Dorfbewohner, die mehr für ihr Brot zu bezahlen haben, ohne dass dadurch beispielsweise die Qualität besser oder Innovation betrieben würde. Präzisierend könnte daher auch vom Erfordernis der Markteffizienz gesprochen werden. Damit werden legitime von illegitimen Geschäftsverhalten abgegrenzt.

Nachdem in dieser Arbeit das Augenmerk auch darauf zu richten sein wird, wie der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern den Wettbewerb negativ beeinflussen kann, namentlich weg von der Marktwirtschaft und hin zur Gruppenvereinbarungswirtschaft mittels Kartellbildung, dürfte sich also gerade mit Blick auf kartellrechtliche Sanktionen eher ein »gut mit, eventuell aber besser ohne« als Devise lohnen. Denn während der Informationsaustausch im einen Fall zwar gut für das eigene Geschäft ist, kann er im anderen Fall unter Umständen ein kartellrechtlich »verpöntes« Marktergebnis erzielen und zu einer Sanktionierung der Verhaltensweise führen. Damit wird sich vor allem der letzte Teil dieser Arbeit befassen. Stets muss aber beachtet werden, dass das an Unternehmen gerichtete Verbot, Informationen zu sammeln oder zu verwerten, den Erfolg ihrer Entscheidungen beeinflussen kann. Ein Verbot kann daher unter Umständen einen mangelhaften Mitteleinsatz bewirken und die Effizienz auf dem Markt verschlechtern. Diese Problematik darf bei der Anwendung der kartellrechtlichen Bestimmungen nicht vergessen werden.

§ 2 *Modernes Wirtschaftsleben und Globalisierung*

1. Auf zu neuen Horizonten

Die Welt, ein Dorf. Diese Worte prägten die letzten Jahre und weisen gleichzeitig bildlich auf die Entwicklung unserer Gesellschaft und damit auch der Wirtschaft hin. Während sich wirtschaftliche Tätigkeiten, vielleicht mit Ausnahme jener von – mehrheitlich amerikanischen – Grossunternehmen, vor sechzig Jahren noch auf einen regionalen oder nationalen Markt beschränkten, erfolgte vor allem mit der Entwicklung der Infrastruktur (Flugzeug, Eisenbahn, Auto) und der rasanten Modernisierung der Telekommunikationsmittel eine Öffnung genau dieser Märkte. Den Unternehmen wurde die Möglichkeit eröffnet, dank erhöhter Mobilität und einfacherer Abstimmung in anderen Ländern nicht nur Niederlassungen zu gründen, sondern die neuen Märkte gar vom bisherigen Sitz aus zu bearbeiten. Unterstützt wurde diese Entwicklung aus gesellschaftlicher Sicht durch die nähere Kooperation der Staaten und die Öffnung der Gesellschaften, aus technischer Sicht in neuerer Zeit namentlich durch das Internet.

Neue Kommunikationstechnologien fördern aber nicht nur die Verständigung über die Landesgrenzen hinweg. Sie führen auch zu einer Beschleunigung der Interaktion. Diese wiederum dringt tief in unser alltägliches Leben ein. Was heute gilt, ist morgen anders. Was ich soeben aus vertraulicher Quelle erfahren habe, weiss demnächst wohl die ganze Welt. Auch im wirtschaftlichen Leben fordert dies jeweils unmittelbare Reaktionen und stetige Wachsamkeit¹⁷. Informations- bzw. Telekommunikationsmittel unterstützen daher nicht nur den Wandel, sondern können gar als dessen Motor bezeichnet werden.

2. Einfluss auf die Wettbewerber: Die Pflicht zur Anpassung

Gerade das Internet ermöglichte es, ein weltweites Angebot mit einer weltweiten Nachfrage zu verbinden, so dass es letztlich im Wesentlichen nur noch den Transport zu überwinden galt. Es ist selbstverständlich, dass diese Entwicklung einen Einfluss auf den Wettbewerb und die daran teilnehmenden Unternehmen hat. Chancen und Risiken liegen oftmals nahe bei einander. So bieten erweiterte Märkte neue Absatzmöglichkeiten, während sich auf der anderen Seite die Konkurrenz vergrössert. Gleichzeitig machen sich Standortvor- und -nachteile unmittelbar bemerkbar. Dank tiefen Steuern oder niedrigen Löhnen können ausländische Unternehmen ein Produkt zu einem besseren Preis anbieten. Das Vorhan-

17 Vgl. auch den Hinweis bei KARENFORT, Informationsaustausch, S. 1155.

densein von gut qualifizierten Arbeitskräften wiederum ist wichtig für die vom Wettbewerb geförderte und geforderte Innovation. Unternehmen haben sich diesen Fragen zu stellen und Entscheide zu treffen. Notfalls ziehen sie, eventuell samt Belegschaft, innerhalb des Landes, immer öfters aber auch in ein anderes Land um. Die Zunahme internationaler oder europäischer Hauptsitze gerade in der Schweiz ist ein untrügliches Indiz für diese Entwicklung. Der Wandel bezieht sich aber nicht nur auf die soeben genannten Punkte, sondern schliesst die Umgestaltung von etablierten Produktionsprozessen und Arbeitsabläufen mit ein.

Nicht nur auf die Wettbewerber oder den Wettbewerb, sondern auch auf das Wettbewerbsrecht hat das globale Zusammenrücken einen Einfluss. Wettbewerbsbeschränkungen auf dem heimischen Markt können nicht mehr nur durch nationale Unternehmen herbeigeführt werden, sondern auch durch solche mit Sitz im Ausland. Auch die Definition des relevanten Marktes erhält schliesslich einen internationalen Aspekt, wenn berücksichtigt wird, dass sich ausländische Unternehmen ebenfalls auf dem Markt betätigen oder ein Markteintritt ohne Weiteres denkbar ist – was durch die modernen Kommunikationsmittel weiter vereinfacht wird. Diese Entwicklung ist noch nicht zu Ende und ein solches ist auch nicht absehbar. An neue Begebenheiten haben sich daher nicht nur die Wettbewerber, sondern auch das Wettbewerbsrecht stets anzupassen¹⁸.

§ 3 Informationsgesellschaft

1. Gesellschaft und Wirtschaft

Die industrielle Revolution ist aus heutiger Sicht lediglich noch ein Teil der Geschichtsbücher und ihre Errungenschaften sind eine Selbstverständlichkeit. Die postindustrielle Zeit ist in der westlichen Welt denn auch schon länger nicht mehr von rauchenden Kaminen und dampfenden Lokomotiven geprägt. Während die Entwicklung bereits in den 70er-Jahren des 20. Jahrhunderts vorausgesagt wurde und sie spätestens Anfang der 90er-Jahre mit grossen Schritten voranzuschreiten begann, ist heute die Durchdringung sämtlicher Lebensbereiche mit modernen Kommunikationstechnologien vorherrschend¹⁹. Eine Gesellschaft, in der die Gewinnung, Speicherung, Verarbeitung und Nutzung von Information und Wissen sowohl in wirtschaftlicher als auch in soziokultureller Hinsicht zentrale Bedeutung erlangt haben und die moderne Informations- und Kommu-

18 Vgl. auch BAKER & MCKENZIE, Handkommentar zum KG, Art. 1 N 20.

19 BROCKHAUS, Informationsgesellschaft, S. 525; vgl. auch die Hinweise bei WERSIG, Informationsgesellschaft, S. 9, 119 und 139; BOYLE, Shamans, Software & Spleens, S. ix.

nikationstechniken verwendet, wird Informationsgesellschaft genannt²⁰. Bereits diese Umschreibung zeigt auf, dass mit dem Begriff der Informationsgesellschaft nicht lediglich die Wirtschaft oder nur die Gesellschaft erfasst wird, sondern dass beide Bereiche gleichermassen Bestandteile sind. Wirtschaft und Gesellschaft sind zwei Kategorien, die sich ohnehin nicht scharf trennen lassen. Denn die Vernetzung der Menschen durch die Technologie und die damit einhergehende ständige Erreichbarkeit führen dazu, dass allfällige Grenzen verwischt werden. Die Kommunikationstechnologien gelten mittlerweile als wichtigste Bestandteile unserer Wirtschaft. Auf sie stützt sich Wissen und mit ihnen werden Informationen und damit schliesslich wiederum Wissen ausgetauscht²¹. Wissen ist in der von Dienstleistungen beherrschten Wirtschaft zu einem weiteren Produktionsfaktor geworden²². Mittlerweile bilden die mit der Produktion von Informationen bzw. Informationsinhalten, ihrer Übermittlung und ihrer Verarbeitung beschäftigten Unternehmen einen eigenen und immer wichtiger werdenden Wirtschaftszweig²³.

Während aber in der industriellen Revolution vor allem die bestmögliche Allokation der vorhandenen Ressourcen im Vordergrund stand, stellt das Aufkommen des Produktionsfaktors Wissen die Wirtschaft vor eine ganz neue Herausforderung. Die frühen Befürworter der Informationsgesellschaft stellten sich auf den Standpunkt, Information sei für jeden Menschen erreichbar und verfügbar²⁴. Dies mag in gewisser Hinsicht zwar zutreffend sei, wenn das zur Informationssammlung notwendige Wissen, die Kapazitäten und die technische Infrastruktur dazu vorhanden sind. Dies ist aber nur sehr selten der Fall. Die Erkenntnis, dass im Gegensatz zu den – bisherigen – Ressourcen die dem Wissen zugrunde liegenden Informationen gerade nicht jedem Einzelnen zur Verfügung stünden, bewog FRIEDRICH AUGUST VON HAYEK (wenn auch in einem etwas anderen Kontext) bereits 1945 zur kritischen Aussage, dass die Sicherung und der Umgang mit nicht allen zugänglichen Informationen das wahre ökonomische Problem darstelle²⁵.

20 BROCKHAUS, Informationsgesellschaft, S. 525.

21 Zur Unterscheidung zwischen Wissen und Information vgl. nachfolgend den 2. Teil.

22 Dabei scheint es eine eher akademische Frage zu sein, ob es sich um einen vierten oder um einen besonderen Teil des dritten Sektors handelt.

23 BROCKHAUS, Informationsgesellschaft, S. 526.

24 BROCKHAUS, Informationsgesellschaft, S. 527.

25 HAYEK, Knowledge, S. 520.

2. Der Umgang mit Information

Seit dieser Aussage ist mittlerweile viel Zeit vergangen. Und dennoch ist die Problematik in ihren Grundzügen aktueller denn je. Die Weiterentwicklung der Kommunikationsmittel, insbesondere die Ausweitung der Übertragungsraten (durch Errichtung so genannter Daten-Highways), brachte eine Informationsexplosion. Die Flut an Informationen führt dazu, dass nicht mehr zwingend nur Wissen generiert wird. Vielmehr treten auch Halbwissen oder Unwissen – infolge falscher Informationen – als Problem in den Vordergrund. HAYEK erklärte 1945 auch, das zu lösende Problem liege in der unvollständigen Information bzw. Informiertheit des Menschen, weshalb Prozesse etabliert werden müssten, um Wissen konstant zu kommunizieren und zu sammeln²⁶. Unterdessen ist aber nicht mehr nur nach einem Weg zu suchen, mit dem Information und damit Wissen erhältlich gemacht und gesammelt werden kann. Es braucht vor allem auch Prozesse, die es ermöglichen, qualitativ gute von schlechter Information zu unterscheiden und damit aus den Unmengen an verfügbaren Daten diejenige Information herauszufiltern, die tatsächlich der Bildung von Wissen dienen kann. Seit dem Ende des zweiten Weltkrieges muss somit nicht mehr nur danach gefragt werden, wie und wo Informationen gesammelt werden, sondern auch welche. Dies hat dazu geführt, dass die Informationsgesellschaft neben dem technischen Aspekt unlängst ein weiteres Betätigungsfeld eröffnet hat. Die Frage, wie Individuen Wissen er- oder verarbeiten können und wie sie lernen können, mit der Informationsflut umzugehen, muss sich auch auf die gesellschaftspolitische Ebene verlagern.

Der Umgang mit Information ist nicht einfach. Allerdings bieten sich, wenn die obgenannten Prozesse oder Rahmenbedingungen geschaffen sind, auch erhebliche Chancen. Von der Fähigkeit, diese zu erkennen und entsprechend reagieren zu können, hängen letztlich sowohl Erfolg als auch Niederlage ab. »*The future belongs to those who recognise opportunities before they become obvious*«. Dieser meist Oscar Wilde zugeschriebene, aber auch in anderen Varianten anzutreffende Aphorismus erhält in diesem Kontext eine besondere Bedeutung. Dabei trifft die Komplexität und die damit verbundene Ungewissheit nicht nur Privatpersonen, sondern in grösserem Umfang gar die zusätzlich mit der Dynamik des Wettbewerbs kämpfenden Unternehmen bzw. generell die Marktteilnehmer²⁷.

26 HAYEK, Knowledge, S. 530.

27 Vgl. hierzu nachfolgend § 6 Ziff. 3, und zudem das Beispiel bei WHISH, Competition Law, S. 526.

§ 4 *Die Information im Wettbewerb*

1. Das Problem der Entscheidung

Bereits der römische Kaiser Marc Aurel hielt fest, dass der Mensch ein vernünftiges Wesen sei und er seinen Entscheidungen deshalb stets seine Vernunft zugrunde legen müsse²⁸. Vernünftige Entscheidungen benötigen aber entsprechende Grundlagen, auf die sie sich stützen lassen. Mit anderen Worten ist erforderlich, dass diejenigen Informationen vorliegen, die eine vernünftige Entscheidung überhaupt zulassen. Fehlen sie, besteht Ungewissheit, namentlich hinsichtlich der Konsequenzen des Entscheides. Gerade bei Unternehmen, die im Wettbewerb mit anderen stehen und täglich strategische Entscheidungen zu treffen haben, ist Ungewissheit ein unangenehmer Zustand, denn sie stellt unter Umständen ein Hindernis auf dem Weg zum eigenen Erfolg dar. Die Unternehmen werden daher versuchen, sich die fehlenden Informationen zu beschaffen. Vom Grad der Informiertheit der Entscheidungsträger eines Unternehmens kann mit anderen Worten der Erfolg eines Produktes, ein Markteintritt, die Ausweitung der Marktanteile oder auch die Forschung und Entwicklung abhängen. Es versteht sich von selbst, dass in diesen Bereichen die »richtige« Information ohne Weiteres wettbewerbsfördernd wirkt²⁹.

Weil Wettbewerb aber, wie gezeigt, für die Unternehmen anstrengend sein kann, muss befürchtet werden, dass diese die erhaltenen Informationen nicht nur für die Belebung des Wettbewerbs verwenden. Sie könnten ebenfalls versucht sein, die Information dazu zu verwenden, Wettbewerb gerade nicht entstehen zu lassen oder ihn einzuschränken. Steht ein Unternehmen beispielsweise vor der Entscheidung, welchen Preis es von einem Abnehmer für sein Produkt verlangen soll, so ist von erheblicher Bedeutung, welchen Preis die Konkurrenten verlangen. Wird diese Information erhältlich gemacht, so kann das entscheidende Unternehmen entweder den Weg des Wettbewerbs wählen und die Konkurrenz unterbieten oder auf deren Niveau bleiben, um einen Preiskrieg zu vermeiden. Dem Beispiel mit den beiden Bäckern (vgl. vorstehend § 1 Ziff. 2) lag eben diese Situation zugrunde.

Transparenz hat damit zwei Aspekte: Zum einen kann sie den Wettbewerb fördern, indem sie Ungewissheit bei den Marktteilnehmern (und damit u.U. auch bei der Marktgegenseite, mithin den Abnehmern bzw. Kunden) verringert und zu effizienten, erfolgreichen Entscheidungen führt. Zum anderen kann sie den

28 MARC AUREL, *Selbstbetrachtungen*, 13. Auflage, Stuttgart 2008 (Kröners Taschenbuchausgabe; Band 4), 1,6 (S. 5, »Und [bei all seinem Tun] auf nichts anderes hinzublicken [...] als auf die Vernunft«) oder auch 4,2 (S. 35) und 4,4 (S. 37). Vgl. auch 5,14 (S. 62).

29 Dazu auch WHISH, *Competition Law*, S. 525.

Wettbewerb aber auch beeinträchtigen, wenn sie dazu verhilft, dass die Unternehmen Wettbewerb ausschliessen. Die Janusköpfigkeit bzw. die Ambivalenz der Information im Wettbewerb ist denn auch der Grund für diese Arbeit. Gerade für Unternehmen ist es wichtig zu wissen, welche Informationen sie als Grundlage für ihre Entscheide sammeln und austauschen dürfen, ohne dass sie kartellrechtliche Sanktionen zu befürchten haben³⁰.

2. Rolle der Ökonomie

»[...] like all antitrust cases, this one must make economic sense«³¹. Die Ökonomie hat in der Wettbewerbspolitik und im Wettbewerbsrecht eine erhebliche Bedeutung erlangt. Zu Recht, denn letztlich geht es um das Funktionieren des vom Verfassungsgeber gewählten Koordinationsmechanismus'. Da die Funktionsweise des Wettbewerbs in erster Linie ökonomisch erklärt werden kann und muss, hat auch ein rechtlicher Entscheid sich an den Erkenntnissen der Ökonomie, zumindest teilweise, zu orientieren. Wird dies unterlassen, so besteht die Gefahr, dass staatliche Eingriffe über das Ziel hinaus schießen und wettbewerbsfördernde Praktiken beschränken, was wiederum zu einer Aushöhlung des wettbewerbspolitischen Ziels, mithin des (wirksamen) Wettbewerbs als solchem, führen kann.

Es ist aber nicht nur der Wettbewerb, der ökonomisch erklärt werden kann. Ein weiterer Bereich bietet sich hier besonders an: Während die Rechtswissenschaften zwar eine Antwort dazu liefern, wie sich eine (juristische) Person gesetzestreu zu verhalten hat, ist das Recht andererseits denkbar ungeeignet festzulegen, wie sich jemand (in Zukunft) verhalten wird. Das Gesetz erklärt Verhaltensweisen in vielen Fällen nur für unzulässig und überlässt den Entscheid im Rahmen des Zulässigen dem Individuum. Das ist zwar ohne Weiteres richtig bzw. gesellschafts- und wirtschaftspolitisch wünschenswert. Und immerhin gibt es gerade im Kartellrecht quasi-normative Vorgaben, die ausdrücklich ein bestimmtes Verhalten für zulässig erklären. Die Erklärung der Zulässigkeit eines Verhaltens bedeutet aber nicht, dass ein anderes nicht ebenso zulässig wäre. Es handelt sich somit nur um einen so genannten »safe harbour«. Die Ökonomie hingegen versucht zu erklären, weshalb sich ein Unternehmen in strategischen Entscheidungssituationen für ein konkretes Verhalten entscheidet. Während sich das Recht auf die Frage beschränkt, ob sich der Bäcker Nathan mit seinem Kon-

30 Vgl. dazu den 4. und 5. Teil dieser Arbeit; im Übrigen auch KARENFORT, Informationsaustausch, S. 1154 ff.

31 United States vs. Syufy Enterprises, 903 F.2d 659 (United States Court of Appeals for the 9th Circuit, 1990).

kurrenten absprechen darf, beschäftigt sich die Ökonomie damit, ob er dies tun wird bzw. unter welchen Voraussetzungen er es tun könnte. Sie fragt auch danach, ob es für eine Preiserhöhung einer Absprache gar nicht bedarf, weil die Erhöhung ökonomisch gesehen ohnehin die rationalste und unabhängig vom Verhalten des Konkurrenten »beste« Entscheidung ist.

Nicht nur bei der Schaffung kartellrechtlicher Normen (bzw. quasi-normativer Empfehlungen und Leitlinien), sondern auch im Rahmen einer kartellrechtlichen Untersuchung, in der Märkte bzw. Verhaltensweisen von Unternehmen beobachtet oder beurteilt werden, sollten daher die ökonomischen Erkenntnisse zum Wettbewerb beachtet werden. Allerdings darf dies nicht dazu führen, dass rechtliche Entscheide nur noch ökonomisch begründet werden, was einen negativen Einfluss auf die Rechtssicherheit hätte³². Wie noch zu zeigen sein wird, sollten ökonomische Erwägungen vor allem als Indizien für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts dienen.

3. Zusammenfassung und Gang der Arbeit

Der Verfassungsgeber hat sich bewusst für den Wettbewerb entschieden³³. Mit der Wirtschaft ist aber auch der Wettbewerb einem steten Wandel bzw. neuen Einflüssen ausgesetzt. Die Entwicklung hin zur Informationsgesellschaft revolutionierte das Verhältnis zwischen den Wettbewerbern untereinander, aber auch zwischen den Wettbewerbern und den Nachfragern. Neben dem Einsatz moderner Informations- und Kommunikationstechnologien rückt der Umgang mit Information in den Vordergrund. Gerade für den Wettbewerb bietet dies grosse Chancen – aber auch ebensolche Risiken. Mit der neuen Situation haben der Gesetzgeber und die Rechtsanwender gleichermassen umzugehen. Es gilt zu klären, welchen Einfluss die Information und ihr Austausch auf den Wettbewerb und auf Entscheidungssituationen haben. Daraus lässt sich ableiten, wie aus kartellrechtlicher Sicht mit der Information und im Besonderen mit ihrem Austausch umzugehen ist. Bei den im Wettbewerb stehenden Unternehmen stellt sich zunächst die Frage, wie sie sich auf die kartellrechtliche Situation einstellen müssen und, daran anknüpfend, welche Compliance-Anforderungen bestehen. Darf sich beispielsweise ein leitender Mitarbeiter eines Unternehmens auf dem Golfplatz mit der Konkurrenz über geplante Preiserhöhungen unterhalten? Den Gesetz- oder Normgeber hingegen interessiert, inwiefern Handlungsbedarf zur Regulierung

32 Vgl. auch BAKER & MCKENZIE, Handkommentar zum KG, Art. 1 N 20; im Übrigen auch ZÄCH, Wettbewerbsfreiheit, S. 24.

33 Der Gesetzgeber ist diesem Entscheid mit dem Erlass des Kartellgesetzes nachgekommen.

besteht. Angesichts der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Wettbewerbs ist aber zu beachten, dass Interventionen mit Bedacht gewählt werden müssen. Es muss gewährleistet werden, dass sich die Wettbewerbsteilnehmer stets frei entwickeln können, damit der Staat, letztlich aber insbesondere jeder einzelne Bürger, von den positiven Effekten des Wettbewerbs profitieren kann³⁴.

Die vorliegende Arbeit besteht aus vier »materiellen« Teilen. In einem ersten Schritt geht es darum, den Begriff der Information besser fassbar zu machen. Dazu ist eine Auseinandersetzung mit der modernen Informationstheorie notwendig. Sie führt dazu, dass die Information in einer Weise definiert werden kann, dass sie in den nachfolgenden Teilen ohne Unklarheiten verwendet werden kann. Danach folgt der ökonomische Teil, in dem die Grundlagen dargelegt werden sollen, auf denen aktuelle Wettbewerbstheorien und der Informationsaustausch bzw. strategische Entscheidungssituationen aufbauen und die mittlerweile gar Eingang in gerichtliche Entscheidungen gefunden haben. In einem dritten Schritt werden der grundlegende rechtliche Rahmen für die Beurteilung des Informationsaustauschs und seine bisherige Behandlung durch den Gesetzgeber und die Behörden aufgezeigt. Im abschliessenden Teil geht es endlich darum, die drei vorangehenden Teile miteinander zu verbinden und die entsprechenden Schlussfolgerungen daraus zu ziehen.

34 Vgl. auch HELLWIG, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, S. 233 f.

2. Teil: Die Information

§ 5 *Was ist Information?*

1. Einleitung

Befasst sich eine Arbeit wie die vorliegende mit der Frage nach der Rolle der Information im Wettbewerb, so ist es unerlässlich, dass zunächst einmal festgestellt wird, was unter Information überhaupt zu verstehen ist – eine Definition müsste her. Allerdings kann bereits an dieser Stelle vorweg genommen werden: Es gibt keine allgemein gültige Definition von Information. Vielmehr sind mehrere Ansätze vorhanden, mit denen es sich gleich nachfolgend auseinander zu setzen gilt.

Ausgangspunkt könnte beispielsweise die Umgangssprache sein. Eine entsprechende Umfrage auf der Strasse würde jedoch innert Kürze aufzeigen, dass verschiedene Vorstellungen darüber bestehen, wie Information zu definieren wäre bzw. was darunter verstanden zu verstehen ist³⁵. Einmal ist es der Browser³⁶, der darauf hinweist, dass vertrauliche *Informationen* übermittelt werden, dann wieder ist es ein Blatt an der Türe zu den Doktorandenarbeitsplätzen an der Universität Zürich, das wichtige *Informationen* für Doktoranden enthält und schliesslich ertönt in der Zürcher Strassenbahn die Durchsage mit der Einleitung »*Information der Züri Linie*«. Hier würde wohl niemand ernsthaft behaupten, dass bei all diesen Beispielen der Umgangssprache jeweils das Gleiche gemeint wäre.

Auch in den Wissenschaften wird der Begriff »Information« oft verwendet. Dabei ist »Information« nicht nur ein Kernbegriff der empirischen Naturwissenschaften, sondern auch von Technikwissenschaften, insbesondere natürlich jener, die sich mit Informationstechnologie befassen, aber auch der Informations- und Computerwissenschaften sowie der Kommunikations- und Medienwissenschaften. Schliesslich bleibt zu erwähnen, dass auch in der Ökonomie der Begriff »Information« häufig verwendet wird, sei dies nun im Zusammenhang mit Produktionsfaktoren oder mit Markttheorien³⁷. »Last but not least« erhielt die Informa-

35 Vgl. hierzu auch JANICH, *Information*, S. 19 f.; siehe aber auch JÄGGI, in: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 257 ff., der den Sinngehalt des allgemeinen Sprachgebrauchs als gerichtsnotorische Tatsache qualifiziert.

36 Software für das Anzeigen von Inhalten im Internet (bspw. Internet Explorer).

37 Vgl. auch BULL, *Informationsrecht*, S. 17.

tion mit der ausufernden Verwendung des Begriffes der Informationsgesellschaft (vgl. hierzu die Einleitung oben, § 3) auch sozialwissenschaftliche oder gar politische Relevanz³⁸.

Doch nur weil viel über Information gesprochen wird, heisst das noch nicht, dass die Bedeutung des Begriffes klar wäre. Auf jeden Fall ist sie wohl mehr, als die Umgangssprache darunter versteht³⁹. Immerhin zeigt sich, dass je nach Standpunkt oder Wissenschaftszweig der Begriff der Information anders verwendet wird bzw. anders verstanden werden muss⁴⁰. Es kommt also stets darauf an, was durch den Wissenschaftszweig problematisiert wird und was dieser unter Information verstanden haben will⁴¹. Verbreitet sind sicherlich die Sichtweisen aus der klassischen Informationswissenschaft, wonach Information als »any meaningful signal« definiert wird und im Kern nichts anderes als eine nachrichtentechnische Messzahl zur Bewertung von Informationsübertragungen ist⁴². Andere wiederum versuchen, Information lediglich aus der Sicht der Kommunikation zu beschreiben und engen damit den Spielraum, der sich ihnen eigentlich bieten würde, ein⁴³. Was die verschiedenen Versuche, Information zu definieren, von einander unterscheidet, ist gleichzeitig ihre (zum Teil einzige) Gemeinsamkeit: Die Vielfalt. So finden sich keine Aussagen über allgemeine Kriterien, die allen Wissenschaftszweigen gerecht würden⁴⁴.

Nach dem Gesagten erscheint es deshalb als zulässig, wenn nicht gar notwendig, im Rahmen dieser Arbeit den Begriff der Information vom Standpunkt der Rechtswissenschaften aus zu definieren. Alsdann sollte in einem zweiten Schritt die so erlangte Definition weiter präzisiert werden, um ein kartellrechtliches oder wettbewerbsrechtliches Verständnis der Information zu bilden. Ein solchermassen definierter Begriff schafft Klarheit und lässt es zu, in der rechtlichen Diskussion einheitlich verwendet zu werden.

2. Die Information in der Rechtswissenschaft

2.1. Information als Vorgang, Inhalt oder Zustand

Wenn das menschliche und dabei besonders das geschäftliche Leben von Informationen und vom Umgang mit solchen eingenommen wird, kommt die Rechts-

38 JANICH, Information, S. 12.

39 STEINBUCH, Masslos informiert, S. 21.

40 MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht, S. 10.

41 DRUEY, Information, S. 3.

42 MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht, S. 11, m.w.V.

43 MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht, S. 12 f., m.w.V.

44 LOCHMANN, Information, S. 12.

wissenschaft nicht umhin, bestimmte Vorgänge von der rechtlichen Seite her zu beleuchten. Zwar konnte hierzu bislang kein einheitlicher Prozess in Gang gesetzt werden. Lediglich »fragmentarische« Beiträge haben sich bis heute an das Thema herangewagt. Immerhin aber haben sich einige Autoren der Grundlagen der Informationstheorie bedient und sie im rechtlichen Zusammenhang zu verwenden versucht. Vereinzelt stand daher die Schaffung einer Art Informationsrecht im Mittelpunkt⁴⁵. Andere wiederum wollten dem eigentlichen Wesen der Information auf den Grund gehen und die Informationstheorie rechtlich betrachtet verstanden wissen⁴⁶. Dabei wurde der Versuch unternommen, verschiedene Dimensionen der Information zu erfassen: Information kann gemäss diesen Versuchen zunächst als Vorgang, weiter aber auch als Inhalt oder als Zustand verstanden werden⁴⁷.

Die Qualifizierung der Information als Vorgang stellt zweifellos den Standpunkt der Informationstheorie dar. So hält STEINBUCH fest, »die Information [sei] die durch Signale veranlasste Strukturveränderung in einem Empfänger.«⁴⁸ Dabei wird mit Vorgang aber nicht die Übertragung als solche gemeint, da ja eine Strukturveränderung nicht übertragen werden kann⁴⁹. Vielmehr geht es darum, den Zuwachs an »Wissen« zu quantifizieren⁵⁰, wobei zu beachten ist, dass dieser Zuwachs rein technisch zu verstehen ist. Wenn wir uns nun noch einmal die in der Einleitung genannten umgangssprachlichen Beispiele vergegenwärtigen, so wird klar, dass mit »Information der Züri-Linie« wohl Information zumindest auch als Vorgang gemeint ist, da die Fahrgäste der Zürcher Strassenbahn einen Wissenszuwachs erfahren sollen. Kurz: Es geht um die Tätigkeit des Informierens⁵¹.

Auf der anderen Seite kann Information als Inhalt begriffen werden. Dabei geht es um Wissensinhalte⁵², mithin um eine verdinglichte Information⁵³. Es wird also untersucht, welchen Inhalt eine Information hat. Bei der Information als Zustand geht es schliesslich darum, den Stand der Information zu untersuchen, was sowohl aus rechtlicher wie auch aus ökonomischer Sicht von Bedeutung ist: Betrachtet man den Zustand des »Informiertseins« bzw. der »Informiertheit«, so interessiert natürlich die Frage, wie dieser Zustand erreicht werden

45 Dazu mehr unten Ziff. 2.5.2; MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht, S. 8; BULL, Informationsrecht, S. 17 ff.

46 Dazu gleich nachfolgend.

47 DRUEY, Information, S. 5.

48 STEINBUCH, Masslos informiert, S. 55.

49 STEINBUCH, Masslos informiert, S. 55.

50 DRUEY, Information, S. 5.

51 DRUEY, Information, S. 5.

52 VOGT, Handelsregister, S. 564; vgl. auch unten Ziff. 2.3.

53 DRUEY, Information, S. 5.

kann, wann er erreicht ist und ob gar ein Recht auf Informiertheit besteht⁵⁴. Im Sinne einer Vorschau sei bereits an dieser Stelle festgehalten, dass Information und Wissen keine Synonyme darstellen. Auf dieser Unterscheidung soll jedoch, obwohl bereits in diesem Abschnitt beide Begriffe mehrfach nebeneinander verwendet wurden, erst zu einem späteren Zeitpunkt eingegangen werden.

2.2. Information syntaktisch, semantisch oder pragmatisch

Es kann aber auch ganz generell nach dem Wert der Information gefragt und diese damit in einen Kontext gestellt werden. Diese Sichtweise geht auf die Theorie der Zeichen nach MORRIS zurück, wonach Information eine syntaktische, eine semantische und eine pragmatische Dimension hat⁵⁵. Sie wird auch als semiotische Betrachtungsweise bezeichnet.

Die syntaktische Ebene bezieht sich auf die Informationsübertragung als Vorgang bzw. auf den Informationskanal, die semantische fragt nach dem Sinngehalt der übertragenen Information und die pragmatische Ebene beschäftigt sich mit ihrem Zweck⁵⁶. Die semantische Dimension der Information setzt demnach das Bestehen einer zweiten Ebene voraus: Beschränkt sich die syntaktische Erscheinungsweise also noch darauf, wie oder dass beispielsweise die Zahl 1 übertragen wird, so muss nun im semantischen Sinn auf der zweiten Ebene eine Entschlüsselung stattfinden. Der Empfänger der Information muss also wissen, was unter der Zahl 1 zu verstehen ist, mithin um was für ein Zeichen es sich handelt. Beachtlich ist, dass, wie noch zu zeigen sein wird, Wissen auch Information ist und der Empfänger demnach über eine entsprechende, bereits vorhandene bzw. vorbestehende Information verfügen muss, um die neu ankommende zu verstehen. Information auf dieser Ebene setzt also Information voraus⁵⁷.

54 DRUEY, Information, S. 5. Bedenkenswert ist beispielsweise, ob zwei an einem Informationsaustausch beteiligte Unternehmen einem Dritten ebenfalls Zugang zum System gewähren müssen, wenn sich die Informationen zum einen positiv auf die Geschäftstätigkeit des Aussenstehenden auswirken oder die Verweigerung eine Behinderung im Wettbewerb darstellen würde, vgl. nachfolgend auch Ziff. 2.5.3.

55 MORRIS, Signs, S. 1 ff.; MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht, S. 15; LOCHMANN, Information, S. 31 f., der darauf hinweist, dass diese Dreiteilung umstritten und z.T. unklar ist; zu den philosophischen Auswirkungen dieser Klassifizierung auf die Sprache vgl. im Übrigen das Kapitel »Die Fliege im Glas. Was ist Sprache?« im auch sonst sehr lesenswerten Buch von RICHARD DAVID PRECHT, Wer bin ich und wenn ja, wie viele?, 39. Auflage, München 2007, S. 108 ff.; zur Komplexität der Sprache siehe auch AUSTIN, Sprechakte, S. 25 f.

56 MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht, S. 15, m.w.H.; DRUEY, Information, S. 7; vgl. auch HAFT, Recht und Sprache, S. 113.

57 HAFT, Recht und Sprache, S. 115 f.; DRUEY, Information, S. 8.

Die pragmatische Ebene betrifft zwar auch die Information als solche, auch hier steht sie auf eine gewisse Art und Weise im Zentrum⁵⁸. Doch geht es noch umfassender darum, welche Dienste die übertragene Information leistet und welche Wirkungen sie erzeugt (verhaltensbezogene Bedeutung)⁵⁹. Mit anderen Worten rückt die Eigenschaft der Information als Entscheidungsgrundlage ins Blickfeld (verhaltenssteuernde Information)⁶⁰.

Der Begriff »verhaltenssteuernde Information« weist auf den Zusammenhang zwischen Information und menschlichem Verhalten hin. Je nach dem, welches Hintergrundwissen bereits vorhanden ist, führt der Eingang von Informationen zu anderen Aktionen bzw. Entscheidungen, weshalb noch einmal auf das ganz am Anfang dieser Arbeit erwähnte Beispiel⁶¹ zurückzukommen ist: Gestützt auf die ihm zugänglichen Informationen hatte Nathan Rothschild zunächst einen gewissen Entscheidungsspielraum. Durch die ihm neu zugegangene Nachricht der Niederlage Napoleons hat sich seine Position jedoch entscheidend verändert. Die ursprünglich vorhandene Frage von Sieg oder Niederlage und die damit verbundene (strategische) Unsicherheit stellte sich nicht mehr, und Nathan Rothschild konnte gestützt auf die Information eine entsprechende und für ihn gewinnbringende Entscheidung treffen⁶².

DRUEY kommt zum Schluss, dass das Augenmerk der Rechtswissenschaft auf diese pragmatische Ebene zu richten sei, da die Information rechtlich nur dann interessant sein könne, wenn sie dies auch für die Belange der Rechtssubjekte sei und das Recht gerade diese Belange schützen wolle⁶³. Recht hat sich damit auf jene Information zu konzentrieren, die für menschliche Zwecke bedeutsam ist. Damit ist aber noch nicht restlos geklärt, was unter Information nun wirklich zu verstehen ist. Nachfolgend sind deshalb weitere Begriffe zu klären, die sich im Kontext der Information bewegen: Wissen und Kommunikation.

58 Ähnlich ZÖLLNER, Informationsordnung, S. 18, der allerdings die Information lediglich als »zur Übermittlung geeignete Zeichen mit Bedeutungsgehalt« definiert. Diese Zeichen können beispielsweise Sprache, ein Zahlencode oder bildliche Darstellungen sein.

59 DRUEY, Information, S. 8; HAFT, Recht und Sprache, S. 117; vgl. auch AUSTIN, Sprechakte, S. 29 ff., insbesondere mit den Hinweisen auf den Einfluss des Kontexts, in denen sich bestimmte Äußerungen befinden, und gleichzeitig auf die Möglichkeit, Situationen zu beschreiben, die sich aufgrund von Äußerungen (erst) ergeben.

60 Vgl. hierzu STEINBUCH, Entscheidung und Information, S. 5 ff.; nachstehend § 6.

61 Vgl. vorstehend § 1 Ziff. 1.1.

62 Vgl. hierzu auch DRUEY, Information, S. 8; STEINBUCH, Entscheidung und Information, S. 3; nachfolgend § 6.

63 DRUEY, Information, S. 9; vgl. auch HAFT, Recht und Sprache, S. 117 f.

2.3. Wissen und Information

Es wurde bereits dargelegt, dass Information als Inhalt begriffen werden kann, wobei es sich insbesondere um Wissensinhalte handelt. Allerdings ist nicht jede Information auch Wissen, selbst wenn die beiden Begriffe in ähnlichem Kontext verwendet werden. Vielleicht trifft die Charakterisierung »verwandt« am ehesten das Verhältnis zwischen Information und Wissen. So wird teilweise behauptet, durch die Übermittlung von Information finde ein Zuwachs an Wissen statt⁶⁴. Festgehalten werden kann, dass ohne Information sicherlich kein Zuwachs an Wissen vor sich geht⁶⁵. Andererseits fragt sich, ob Wissen nicht auch Voraussetzung dafür ist, um mit eingehenden Informationen etwas anfangen zu können. Wenn ein Spanier zu einem Polen sagt, morgen werde es regnen (Information), der Pole aber kein Spanisch versteht, dann wird diese Information bei Letzterem sicherlich nicht zu einem Wissenszuwachs führen. Daraus folgt, dass Wissen (hier: das Wissen um die spanische Sprache bzw. um die spanischen Wörter) immer auch erforderlich ist bei der »Informationsaufnahme«. Wissen ist demnach Voraussetzung für das Verstehen einer Nachricht⁶⁶. Um das Problem, dass Wissen Information und Information Wissen voraussetzt, lösen zu können, muss nun eine weitere Dimension ins Spiel gebracht werden. Man könnte auch von Wissen verschiedener Stufen sprechen. So ist ein bestimmtes Grundwissen erforderlich, um eine Nachricht verstehen zu können. Man muss also die spanischen Wörter und ihre Bedeutung kennen. Eine Aussage, die mit dem Zusammensetzen verschiedener Wörter entsteht, stellt sodann Wissen einer höheren Stufe dar. Die Wörter sind zwar die gleichen, die Aussage ist aber neu. Wird also vom Sender einer Nachricht Information mit Wörtern ausgedrückt, die vom Empfänger verstanden werden, so führt diese Information zu einem Zuwachs von Wissen, sofern sie für den Empfänger eine neue Aussage enthält⁶⁷. Kann aber aufgrund des Grundverständnisses eine Nachricht verstanden werden und enthält diese eine Aussage über etwas Neues, so führt dies zu einem Wissenszuwachs, der seinerseits wieder Grundlage für das Verstehen von weiteren Informationen sein kann. Wissen hat damit auch Grundlagenfunktion, indem her-einkommende Einzelinformationen evaluiert werden können⁶⁸. Dieser Wissenszuwachs ist aber nicht nur Grundlage für das Verstehen von weiteren Informationen, sondern auch für Entscheidungen. Es geht hier also um den Zweck,

64 LOCHMANN, Information, S. 20.

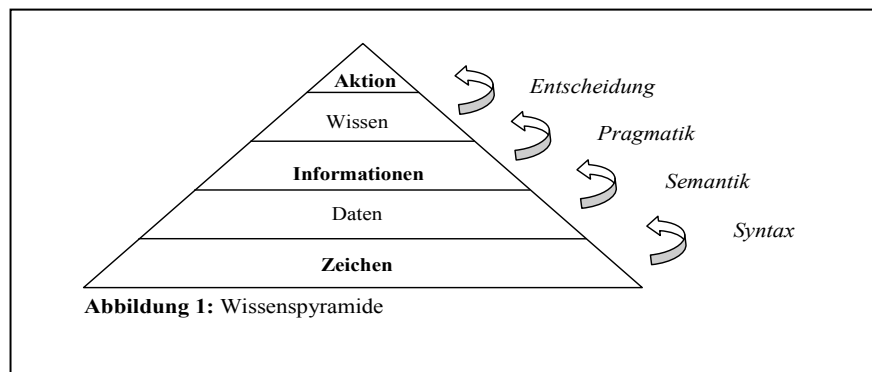
65 LOCHMANN, Information, S. 21.

66 LOCHMANN, Information, S. 22.

67 Ähnlich LOCHMANN, Information, S. 22 f., der jedoch eine Aufteilung in Untermengen vornimmt.

68 DRUEY, Information, S. 23.

der einer Information beigemessen wird, weshalb Information auch als einen Entscheid vorbereitendes oder zweckorientiertes Wissen bezeichnet wird⁶⁹. Zusammenfassend kann demnach gesagt werden, dass Wissen vernetzte Informationen darstellt. Durch vernetzte oder in einen Kontext gesetzte Informationen kann der Empfänger die Grundlage für seine Entscheidungen bilden und eine Handlung in Gang setzen. Bei der Betrachtung der Information scheint eine graphische Betrachtungsweise nützlich zu sein. Um den Zusammenhang dieser Ebenen zu verdeutlichen, haben AAMODT und NYGÅRD die so genannte Wissenspyramide entwickelt⁷⁰. Ausgehend von verschiedenen abstrakten Zeichen bzw. Daten, zum Beispiel der Zahl »10«, wird durch das Hinzufügen der Semantik dem Datum »10« eine Bedeutung zugewiesen, indem ihm zum Beispiel eine Währung beigesetzt wird: »Fr. 10.–«. Dadurch entsteht die Information »Fr. 10.–«, was als solche nun aber noch nicht als Entscheidungsgrundlage dient bzw. das Individuum noch nicht befähigt, entsprechend zu handeln. Erst durch die Pragmatik wird die Grundlage für Entscheidungen geschaffen, indem »Fr. 10.–« in einen Kontext gebracht wird, beispielsweise beim Kauf von Parmaschinken in einem Supermarkt. Nun wird die Preisinformation im Kontext des Kaufes zu zweckgebundenem Wissen und damit zur Grundlage der Kaufentscheidung.⁷¹



69 DRUEY, Information, S. 23; vgl. auch VOGT, Handelsregister, S. 566.

70 AAMODT AGNAR/NYGÅRD MADS, data, information and knowledge, S. 191 ff.

71 Vgl. zu diesem Beispiel WOLF THORSTEN/DECKER STEFAN/ABECKER ANDREAS, Wissensmanagement, S. 748; AAMODT AGNAR/NYGÅRD MADS, data, information and knowledge, S. 191 ff.

2.4. Kommunikation und Information

Information und Kommunikation sind nicht dasselbe⁷². Einleitend wurde gezeigt, dass Information auch im Sinne eines Vorgangs verstanden werden kann. Tatsächlich wird Kommunikation stets mit Bewegung in Verbindung gebracht, doch ist nicht nur die Bewegung als solche, also die Übertragung von Information, zu betrachten, sondern es muss als zweite Dimension die Beziehung zwischen den Kommunizierenden in die Überlegungen miteinbezogen werden.

Kommunikation ist im Regelfall nur möglich, wenn am Anfang und am Ende des Vorgangs ein Mensch ins Spiel kommt⁷³. Dann nämlich wird Information in einen weiteren menschlichen Zusammenhang gesetzt und Kommunikation als Vorgang bezeichnet, bei welchem Informationen zwischen den Beteiligten fließen⁷⁴. LOCHMANN weist zwar treffend darauf hin, dass Kommunikation auch ohne Information möglich sei, nämlich dann, wenn die Wirkung ausbleibe⁷⁵. Damit wird jedoch lediglich ein weiterer Punkt in Bezug auf die Kommunikation angesprochen: Kommunikation soll stets eine Wirkung haben bzw. sie soll zu einer geistigen Reaktion führen⁷⁶.

Kommunikation kann demnach als Vorgang beschrieben werden, bei welchem Informationen von einer Person zur anderen fließen, der Empfänger die Information aufnimmt und schliesslich auf eine bestimmte Art reagiert⁷⁷. LOCHMANN führt unter Hinweis auf andere Autoren allerdings weiter aus, dass Kommunikation absichtlich oder unabsichtlich sein könne⁷⁸. So kann es vorkommen, dass jemand etwas zu sich selber sagt, eine andere Person das Gesagte jedoch hört, aufnimmt und auf eine bestimmte Art und Weise reagiert. Zu beachten ist aber insbesondere auch, dass Kommunikation nicht nur verbal, sondern auch nonverbal erfolgen kann, weshalb gerade auch in diesem Bereich an die unabsichtliche Kommunikation zu denken ist. Im juristischen Kontext ist aber mit der Verwendung von Begriffen wie »absichtlich« Vorsicht geboten, weil darunter oftmals etwas anderes verstanden wird. Im Rahmen dieser Arbeit nur am Rande erwähnt sei zudem die Möglichkeit, dass auch zwei Maschinen, beispielsweise Computer, miteinander »kommunizieren«. Zumindest wird dieser Begriff in der Fachsprache verwendet. Zentral scheint aber trotz dieser Variante und gerade auch im Wettbewerb die Frage, wie mit Informationen umgegangen wird und

72 DRUEY, Information, S. 26.

73 DRUEY, Information, S. 27; ebenso JANICH, Information, S. 155.

74 DRUEY, Information, S. 148.

75 LOCHMANN, Information, S. 36.

76 DRUEY, Information, S. 149.

77 Vgl. hierzu DRUEY, Information, S. 149; auch das bewusste Verzicht auf eine Reaktion ist eine Reaktion (»keine Antwort ist auch eine Antwort«).

78 LOCHMANN, Information, S. 35.

was sie bewirken. Aus diesem Grunde wird im Folgenden (Ausnahmen vorbehalten) davon ausgegangen, dass bei Kommunikation zumindest am Ende jeweils zwei Menschen beteiligt sind, da *in der Regel* immer noch sie und nicht Maschinen strategische Entscheide treffen.

2.5. Die Information im Recht

2.5.1. Welche Information?

Da nun die eher theoretischen und vom Recht grundsätzlich losgelösten – aber immerhin zu beachtenden – Grundlagen dargelegt wurden, fragt sich als Nächstes, mit welcher »Information« nun in diesem Kontext zu arbeiten ist. Mit der Fokussierung nicht nur auf die Information im Vorgang ihrer Übermittlung, sondern auch auf den Einbezug der die Informationen sendenden Subjekte wird gesagt, dass aus rechtlicher Sicht die Beschränkung auf den von den subjektiven Elementen entkoppelten Informationsbegriff, wie er im syntaktischen, aber auch teilweise im semantischen Sinn verwendet wird, nicht weiterführt. Vielmehr tritt mit der Betonung der Kommunikation das subjektive Element der daran beteiligten Individuen in den Vordergrund.

Daraus folgt, dass für die Rechtswissenschaft vor allem der Informationsbegriff massgeblich ist, wie er hier im pragmatischen Sinn und im Zusammenhang mit der Kommunikation dargelegt wurde. Es ist aber daran zu erinnern, dass diese Aussage nicht absolut gelten kann. Vielmehr ist jeweils von Fall zu Fall – und damit auch im Rahmen der vorliegenden Arbeit – zu entscheiden, was unter Information nun wirklich zu verstehen ist.

2.5.2. Exkurs: Informationsrecht oder Informationsordnung

Der Begriff des Informationsrechts bzw. der Informationsordnung ist keine Erscheinung erst der letzten Jahre. Bereits mit dem Aufkommen automationsunterstützter Datenverarbeitung stellte sich die Frage der Informationsverteilung⁷⁹. Sich vom Fokus auf die Technik lösend wandte sich BULL wohl als Erster den feststellbaren tatsächlichen Funktionen der Information zu und beschäftigte sich mit den Konflikten um Informationserhebung, -sammlung, -auswertung und -verbreitung⁸⁰. Damit rückte er eine neue Perspektive in den Mittelpunkt: Unter Informationsrecht wurde nicht mehr das Recht der Informationstechnik verstan-

⁷⁹ Vgl. MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht, S. 8 f., m.w.V.

⁸⁰ BULL, Informationsrecht, S. 19.

den, sondern das Recht der Informationsbeziehungen⁸¹. BULL meint mit Informationsrecht aber nicht etwa eine in sich abgeschlossene Materie, sondern die Zusammenfassung verschiedener Fragenkomplexe, die alle mit Information zu tun haben⁸².

Unter Informationsordnung bzw. Informationsrecht könnte man deshalb grundsätzlich einmal jene Normen verstehen, die an die Information bzw. an Informationsbeziehungen anknüpfen⁸³. Dies ist aber nicht unbestritten. So kommt DRUEY beispielsweise zum Schluss, es gebe gar kein Informationsrecht, weil sich das Recht nicht dem Stoff unterwerfen könne, aus dem es selber bestehe, und weist damit gleich auf die Tatsache hin, dass natürlich auch Recht Information darstellt⁸⁴. Diese Auffassung mag zwar zutreffen, doch bedeutet das nicht, dass Information nicht Gegenstand von Rechtsnormen sein könnte – und darauf weist auch DRUEY hin. Allerdings bedürfe es dafür immer eines besonderen Grundes⁸⁵. Dabei setzt er die Information bzw. die Informationsfreiheit in den Kontext anderer Freiheitsrechte und zeigt auf, dass – im Gegensatz zu Letzteren – bei der Information immer Informationsinteressen bestehen, die Informationsfreiheit im Thema und im Zweck unbegrenzt ist und es deshalb keinen Bezugspunkt für die Entscheidung zwischen Eingriff und Eingriffsverzicht gibt⁸⁶.

Die soeben erwähnte Auseinandersetzung, die DRUEY wohl auf die Unterschiede im juristischen Systemdenken zurückführt⁸⁷, scheint eher begrifflicher Natur zu sein. Denn die Fragen, die BULL bezüglich des Phänomens »Information« aufgeworfen hat, sind nicht wegzudenken, weshalb es sich lediglich fragen kann, in welchem Zusammenhang sie beantwortet werden. Ob sie nun im Rahmen einer Informationsordnung zusammengefasst werden oder von einander getrennt in den jeweiligen Rechtsgebieten behandelt werden, dürfte eher von logischer denn von inhaltlicher Relevanz sein. Das Augenmerk sollte deshalb nicht auf den Begriff des Informationsrechts gerichtet sein, sondern auf Probleme der informationsrechtlichen Intervention⁸⁸.

81 Vgl. MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht, S. 9, m.w.V.; BULL, Informationsrecht, S. 19 und insb. S. 39.

82 BULL, Informationsrecht, S. 19; MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht, S. 10.

83 MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht, S. 19; BULL, Informationsrecht, S. 38; VOGT, Handelsregister, S. 568.

84 DRUEY, Information, S. 106.

85 DRUEY, Information, S. 106.

86 DRUEY, Information, S. 107; vgl. nachfolgend auch Ziff. 2.5.3, wo dieser Zusammenhang näher erklärt wird.

87 DRUEY, Information, S. 106, Fn 48.

88 Dies scheint auch bei DRUEY – abgesehen von der Frage der Gerechtigkeitsgesichtspunkte einer umfassenden Informationsordnung – zentral zu sein; vgl. nachfolgend Ziff. 2.5.3.

Neben DRUEY haben verschiedene Autoren schliesslich versucht, Themengebiete zu erfassen, welche Bestandteil – je nach Wahl des Begriffs – einer Informationsordnung sein könnten. Dabei ist vor allem an die Bereiche des Informationszugangs, der Informationserzeugung, der Informationsspeicherung und jener der Informationsübermittlung zu denken⁸⁹. Bemerkenswert ist, dass sich diese Bereiche allesamt auf Fragen beziehen, die bereits eine rechtliche Regelung erfahren haben. So ist die Informationserzeugung durch verfassungsrechtliche Normen geschützt, sei dies nun durch die Medienfreiheit, die Meinungs- und Informationsfreiheit, die Kunstfreiheit oder durch die Wissenschaftsfreiheit⁹⁰. Auch in jenen Fällen, in welchen es um die Zulässigkeit der Informationsspeicherung geht, bestehen bereits rechtliche Normen. Hier ist etwa an das Urheberrecht oder an den Schutz persönlicher Daten zu denken. In den Bereich des Informationszugangs fallen beispielsweise Regeln zur Herstellung von Publizität⁹¹, wie sie im Handelsregisterrecht, im Gesellschaftsrecht oder im Börsenrecht zu finden sind, um nur einige Beispiele zu nennen. Dem Informationszugang stehen aber sehr oft rechtliche wie auch tatsächlich Schranken im Weg: So kann der Zugang nicht nur aufgrund des Datenschutzes oder des Geschäftsgeheimnisses verwehrt bleiben, sondern auch aufgrund von tatsächlichen Hindernissen beispielsweise technischer Natur, wie sie bei Codes von Computern zu finden sind.

Ähnlich sieht es auf den ersten Blick schliesslich im Bereich der Informationsübermittlung aus. Beachtlich ist hier aber ein weiterer Punkt: Die zentrale Frage lautet, inwiefern die Weitergabe von Informationen zu regulieren ist bzw. bereits reguliert wird. Es fragt sich also, unter welchen Bedingungen der Besitzer einer Information diese weitergeben darf und ob grundsätzlich im Rahmen der Informationsfreiheit auch eine Freiheit der Informationsweitergabe besteht⁹². Dies ist ein neuer Aspekt, der sich von den anderen soeben erwähnten Bereichen deshalb abgrenzt, weil er nicht das Bedürfnis nach Information im Sinne eines Rechts (oder gar Grundrechts) auf Information beleuchtet, sondern den Fokus auf die Problematik der Informationsweitergabe richtet.

Im Kontext dieser Arbeit ist vor allem dieser letzte Punkt von Relevanz. Wie noch zu zeigen sein wird⁹³, ist die Information im ökonomischen Umfeld vor allem in Bezug auf strategische Entscheidungen bedeutend. Entscheide werden gestützt auf Informationen gefällt, die irgendwie beschafft werden müssen, auch

89 Hierzu ZÖLLNER, Informationsordnung, S. 17; vgl. auch DRUEY, Information, S. 347 ff.; MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht, S. 25 ff. und 63 ff.

90 In dieser Reihenfolge: Art. 17, Art. 16, Art. 21 und Art. 20 BV.

91 Vgl. VOGT, Handelsregister, S. 561 ff.

92 Ebenso ZÖLLNER, Informationsordnung, S. 29.

93 Vgl. nachfolgend Ziff. 3.2.

wenn klassische ökonomische Theorien vollständige Information voraussetzen⁹⁴. Wo aber Informationen unter Wettbewerbern weitergeben werden dürfen oder eben nicht, das wird hier zu klären sein, wobei sich insbesondere auch die Frage stellen wird, wann informationsrechtliche Interventionen gerechtfertigt sind.

2.5.3. Informationsrechtliche Intervention

Die Vorbehalte, die DRUEY zwar bei der Begrifflichkeit vorbringt⁹⁵, die sich aber eigentlich auf Grundsatzfragen der Intervention beziehen, sind augenfällig. Während bei den »klassischen« Freiheitsrechten die Gestaltung gewisser Lebensbereiche gezielt den Individuen überlassen und erst dann eingegriffen wird, wenn andere Zielsetzungen gestört oder institutionelle Erwartungen an das Freiheitsprinzip nicht erfüllt werden, ist bei der Freiheit der Information eine ähnliche Vorgehensweise nicht möglich. Aufgrund ihrer Unbegrenztheit ist sie immer eine »Störung« im genannten Sinn, weil es stets Informationsinteressen gibt, die rechtlichen Schutz verdienen würden. Bei der Beurteilung von Interventionen ist deshalb Vorsicht geboten⁹⁶.

Trotzdem stellen sich die Fragen der informationsrechtlichen Intervention, insbesondere auch im wirtschaftlichen Umfeld. Von besonderer Relevanz ist die Erzwingung von Transparenz, womit die Weitergabe von Informationen gemeint ist – und zwar im Interesse funktionierender Märkte und der Minimierung von Transaktionskosten⁹⁷ – aber auch das Gegenteilige ist denkbar, nämlich die Unterbindung der Weitergabe von Informationen. Wenn es in der vorliegenden Arbeit um die Betrachtung der Information unter kartellrechtlichen Gesichtspunkten geht, dann zeigt sich, dass eine informationsrechtliche Intervention in diesem Kontext sicherlich voraussetzt, dass die Weitergabe von Informationen (allenfalls auch die Kommunikation zwischen Unternehmen) die Funktionsfähigkeit eines autonom koordinierten Marktes bzw. dessen Effizienz beeinträchtigt⁹⁸.

94 BOYLE, Shamans, Software & Spleens, S. 35.

95 Vgl. vorstehend Ziff. 2.5.2.

96 DRUEY, Information, S. 107.

97 VOGT, Handelsregister, S. 568 ff.; vgl. hierzu nachfolgend Ziff. 3.2.3.

98 Vgl. hierzu nachfolgend § 14 bis 16.

2.6. Zusammenfassung

Es wurde soeben aufgezeigt, dass auch aus Sicht der Rechtswissenschaften verschiedene Betrachtungsweisen denkbar sind. Insbesondere wurde dargelegt, dass Information stets verschiedene Dimensionen hat oder haben kann. Aus rechtlicher Sicht ist vor allem die Eigenschaft der Information relevant, menschliches Verhalten zu steuern bzw. Grundlage von Entscheidungen zu sein. Dabei ist nicht zu vergessen, dass Information stets Information bzw. Hintergrundwissen voraussetzt – ansonsten könnte, wie bei der pragmatischen Sichtweise dargelegt, die Information gar nicht in den erforderlichen Kontext einbezogen werden.

Zu unterscheiden ist Information zum einen von Wissen. Unter Wissen ist die Grundlage für das Verständnis von Informationen zu verstehen. Wissen ist die Voraussetzung, damit Informationen aufgenommen und in einen anderen, einen neuen Kontext gestellt werden können. Da es in immer neuere Kontexte gesetzt werden kann und neue Informationen aufgenommen werden, ist Wissen ausserordentlich dynamisch. So ist es nicht nur Grundlage für das Verständnis neuer Information, sondern auch Resultat der Informationsaufnahme. Wissen ist damit gleichzeitig Anfangs- und Endprodukt.

Zum anderen ist Information von Kommunikation zu unterscheiden. Unter Kommunikation versteht man den Vorgang der Informationsübertragung, wobei eine gewisse Reaktion beim Empfänger als Wirkung erzielt werden soll. Bei der Kommunikation ist demnach nicht nur der Vorgang der Informationsübertragung beachtlich, sondern auch die Wirkung, die Information beim Empfänger hat sowie die Beziehung zwischen den Kommunizierenden.

In rechtlicher Hinsicht fragt sich weiter, wie und wo Information zu regeln ist. Eine umfassende Regelung ist weder wünschbar noch erforderlich. Vielmehr sind informationsrechtliche Probleme im jeweiligen Kontext einheitlich zu behandeln und entsprechende Kriterien zu bilden. Vorliegend ist aber nicht nur die rechtswissenschaftliche Betrachtungsweise von Bedeutung. Das Kartellrecht hat zum Ziel, Beschränkungen des Wettbewerbs durch Unternehmen bzw. Beschränkungen der Handlungsfreiheit der einzelnen Wirtschaftsteilnehmer zu verhindern⁹⁹. Wettbewerb findet jedoch auf Märkten statt, und dessen Teilnehmer handeln bzw. entscheiden nicht (nur) aufgrund von rechtswissenschaftlichen, sondern aufgrund von Kriterien, wie sie im Markt von Bedeutung sind. Im Rahmen dieser Arbeit, die rechtliche wie ökonomische Aspekte berücksichtigt, muss demnach auch die ökonomische Betrachtungsweise der Information von Bedeutung sein. Es muss also ein Verständnis von Information geschaffen werden, das

99 ZÄCH, Kartellrecht, S. 1.

sowohl im rechtlichen als auch im ökonomischen Kontext Geltung beanspruchen kann.

3. Die Information in der Wirtschaftswissenschaft

3.1. Einleitung

Auch wenn sich, wie noch zu zeigen sein wird, in der Ökonomie sehr Vieles um Information dreht, bestehen nur sehr unterschiedliche Konzeptionen hinsichtlich des Umgangs mit Information¹⁰⁰. Immerhin geht die klassische Theorie des Marktes davon aus, dass die Marktteilnehmer über vollständige Information verfügen, worauf sie ihre Entscheidungen stützen. Nach dieser Theorie wäre demnach die Information die notwendige Voraussetzung für das Funktionieren des Marktes¹⁰¹. Allerdings ist damit noch nicht mehr über das Wesen der Information ausgesagt, als dass sie ganz offensichtlich eine entscheidende Rolle in den Marktprozessen spielt.

In den letzten Jahrzehnten hat sich nun aber ein neuer Wissenschaftszweig als Besonderheit der Mikroökonomie gebildet, der sich mit der Ökonomie der Information befasst¹⁰². Die Informationsökonomie, wie dieser Wissenschaftszweig genannt wird, beschäftigt sich insbesondere mit der Frage, auf welche Art und Weise Verhaltensweisen wie Vertrauen, Kooperation und reziproker Altruismus in die ökonomische Theorie einbezogen werden können, da Informationsbeschaffung und Informationsverarbeitung, als Konsequenz aus dem Nichtvorhandensein von Vertrauen¹⁰³, Vorgänge sind, die Kosten verursachen und demnach nicht beliebig vollzogen werden können¹⁰⁴.

100 MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht, S. 13.

101 MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht, S. 13; DRUEY, Information, S. 91.

102 SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 499; VOGT, Handelsregister, S. 563.

103 SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 499 (mit Verweis auf den Ausspruch Lenins »Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser«).

104 SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse des Zivilrechts, S. 499; VOGT, Handelsregister, S. 563.

3.2. Die Ökonomie der Information

3.2.1. Kosten und Ineffizienzen

Die grundsätzlichen Überlegungen der Informationsökonomie gehen auf die Arbeit GEORGE S. STIGLERS zurück¹⁰⁵. STIGLER zeigte zunächst auf, dass kaum ein Käufer sämtliche Preise der Verkäufer kennt. Es fehlt ihm demnach an den entsprechenden Informationen, weshalb er den besten Preis und damit das beste Angebot ermitteln will, was STIGLER als »Phänomen des Suchens« bezeichnet¹⁰⁶. Doch genau diese Suche verursacht Kosten und Ineffizienzen¹⁰⁷, wobei dies natürlich voraussetzt, dass Information nicht Gemeingut, sondern auf irgend eine Weise materialisiert und demnach wie jedes andere Gut knapp ist¹⁰⁸. Davon wird im Folgenden auch ausgegangen.

3.2.2. Information – ein produktives Gut

Wird, wie soeben dargelegt, Information auch als zweckorientiertes Wissen definiert, so zeigt sich in ökonomischer Hinsicht, dass Information ein bedeutendes produktives Gut sein kann¹⁰⁹. Dies ist jedoch nur der Fall, wenn der Einsatz des Wissens bzw. der Information bei Entscheidungen zu einem Nettowohlfahrtsgeinn führt¹¹⁰, das heisst, sie muss gewinnbringend eingesetzt werden können¹¹¹.

3.2.3. Informationskosten

Die Problematik der bereits erwähnten Informationskosten soll anhand eines Beispiels nun weiter verdeutlicht werden: Wer für das Wochenende eine grosse Einladung plant und deshalb einkaufen gehen muss, der steht bezüglich des Warenangebots vor einer grossen Auswahl. Er weiss zwar, dass 100 Gramm Parmaschinken bei allen Händlern normalerweise etwa gleich viel kosten. Was er jedoch nicht weiss, ist ob irgendwo gerade ein Aktionsangebot besteht. Um dies herauszufinden müsste der Käufer sämtliche Händler aufsuchen und die Preise

105 STIGLER, *Economics of Information*, S. 213 ff.

106 STIGLER, *Economics of Information*, S. 213.

107 STIGLER, *Economics of Information*, S. 213.

108 VOGT, *Handelsregister*, S. 564.

109 SCHÄFER/OTT, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, S. 500; VOGT, *Handelsregister*, S. 566.

110 SCHÄFER/OTT, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, S. 500.

111 VOGT, *Handelsregister*, S. 566.

vergleichen, was einen grossen Aufwand bedeuten würde. Dieser Aufwand wäre entweder direkt in Form von Kosten messbar, beispielsweise aufgrund weiterer Fahrkosten, oder würde sich in zusätzlicher Sucharbeit bzw. Freizeitverlust bemerkbar machen. Ein Aufwand dieser Art bzw. die damit verbundenen Kosten werden als Transaktionskosten bezeichnet¹¹².

Aus informationsökonomischer Sicht zeigt sich also, dass die Betrachtung der Information vor allem im Hinblick auf die durch ihre Beschaffung, Vermittlung oder Verbreitung entstehenden Kosten relevant ist. Wie dem obigen Beispiel entnommen werden kann, ist das Wissen bzw. die Information um das beste Angebot wesentliche Entscheidungsgrundlage für den Kauf des Schinkens. Im wirtschaftlichen Umfeld stellen die Kosten der Beschaffung der für die Entscheidung wichtigen Informationen oftmals einen erheblichen Anteil der Transaktionskosten dar¹¹³. Und genau dies macht die Relevanz der Information im wirtschaftlichen Entscheidungsprozess aus, versucht doch jeder Marktteilnehmer, aufgrund der beschränkten Ressourcen seine Transaktions- bzw. Informationskosten möglichst niedrig zu halten¹¹⁴. Das Unternehmen wird also versuchen, durch bestimmte Vorkehren seinen Informationsstand zu verbessern, um die Basis für seine Entscheidungen zu verbreitern.

§ 6 *Information und Entscheidung*

1. *Einleitung*

Schon mehrfach wurde Information mit Entscheidungen in Zusammenhang gebracht bzw. es wurde ausgeführt, dass Information oftmals die Grundlage von Entscheidungen darstellt. Im Alltag geschieht dies nicht nur mit Informationen, sondern auch mit Wissen. Wissen dient dazu, Entscheidungen bewusst und im Hinblick auf ein bestimmtes Ergebnis zu fällen (zweckorientiertes Wissen).

Auch wenn auf den ersten Blick der Zusammenhang zwischen Information und Entscheidung offensichtlich ist, soll im Nachfolgenden kurz darauf eingegangen werden, denn gerade bei näherer Betrachtung von Entscheidungen im ökonomischen Bereich, beispielsweise bei Transaktionen, zeigt sich, welche Rolle Informationen im Marktprozess spielen (können).

112 SCHÄFER/OTT, *Ökonomische Analyse des Zivilrechts*, S. 502 ff.; VOGT, *Handelsregister*, S. 567; BEHRENS, *ökonomische Grundlagen des Rechts*, S. 155 ff.

113 VOGT, *Handelsregister*, S. 568; vgl. dazu bereits vorstehend Ziff. 2.5.3.

114 VOGT, *Handelsregister*, S. 568; KUNZ, *Wettbewerb als Entdeckungsverfahren*, S. 214 ff.

2. Information als Grundlage von Entscheidungen

2.1. Im Allgemeinen

Informationen zu erhalten kann unter Umständen ein »nice to have« sein, andernfalls können Informationen auch schlicht überflüssig sein. In gewissen Fällen ist eine Person oder ein Unternehmen aber auf Informationen angewiesen. Dies ist in so genannten Entscheidungssituationen der Fall¹¹⁵. Von einer Entscheidungssituation spricht man dann, wenn mehrere Möglichkeiten zur Auswahl stehen und eine davon gewählt werden muss¹¹⁶. STEINBUCH, der versuchte, Information als Basis rationaler Entscheidungen zu erklären¹¹⁷, bringt in diesem Zusammenhang genau das Beispiel des Wanderers, der an einer Weggabelung in unübersichtlichem Terrain dank eines Wegweisers den richtigen Pfad wählt¹¹⁸. Die Weggabelung gibt zwei Möglichkeiten zur Auswahl, wovon eine gewählt werden muss. Dieses Beispiel zeigt aber auch auf, dass die Information, die auf dem Wegweiser steht – bzw. konkret: wohin ein Weg führt – mithelfen kann, richtige Entscheide zu treffen und Nachteile durch falsche oder schlechte Entscheidungen zu vermeiden. Allerdings können richtige Entscheide nicht einfach mit jeder Information gefällt werden. Vielmehr braucht es dazu die »richtige« Information¹¹⁹. Für die Unterscheidung zwischen richtiger und falscher Information braucht es sowohl Vertrauen als auch Wissen, das mithilfe, Informationen in einem bestimmten Kontext als richtig oder falsch einzustufen¹²⁰. Die Information muss also einen gewissen Sinngehalt aufweisen, sie muss für den Empfänger eine bestimmte Aussage enthalten, die in einem Kontext dazu führt, dass der Empfänger sich für die eine oder die andere Möglichkeit entscheidet¹²¹. Daraus folgt umgekehrt, dass im Zusammenhang mit Entscheidungssituationen nicht jede Information von Relevanz sein kann¹²².

115 LOCHMANN, Information, S. 149.

116 LOCHMANN, Information, S. 149.

117 STEINBUCH, Entscheidung und Information, S. 5.

118 STEINBUCH, Entscheidung und Information, S. 9.

119 STEINBUCH, Entscheidung und Information, S. 10.

120 Es handelt sich hierbei um zwei wichtige Komponenten, auf die im ökonomischen und im letzten Teil noch einzugehen sein wird (vgl. bspw. § 11 Ziff. 3.2.4).

121 Vgl. vorstehend § 5 Ziff. 2.3 und 2.4 sowie DRUEY, Information, S. 23; vgl. auch VOGT, Handelsregister, S. 566.

122 Vgl. zur Relevanz der Information im Rahmen dieser Arbeit insb. nachfolgend § 7 Ziff. 2.3.2.

2.2. In der Ökonomie

Im unternehmerischen Alltag müssen immer Entscheidungen getroffen werden. Daraus folgt die ökonomische Relevanz der Information. Da aber nur effiziente »Transaktionen« erwünscht sind, braucht es richtige Entscheidungen, die wiederum nur mit – und vor allem mit *richtigen* – Informationen getroffen werden können¹²³. Besteht also ein Informationsdefizit, sind optimale Entscheidungen nicht möglich. Dies wiederum hat Kosten zur Folge, die es um jeden Preis zu vermeiden gilt – zumindest in einem wettbewerbsorientierten Umfeld. Bereits vor mehr als 50 Jahren führte HAYEK deshalb aus, dass »[i]n a competitive industry at any rate – and such an industry alone can serve as a test – the task of keeping cost from rising requires constant struggle [...]«¹²⁴ Information als ein Hilfsmittel zur Vermeidung von erheblichen Kosten wird damit zu einem steuernden Parameter des Wirtschaftssystems¹²⁵.

Entscheidungen in Unternehmen erfolgen teilweise durch zufällige Auswahl, mehrheitlich aber nach einem vorgegebenen Ziel bzw. nach der gewählten Strategie. Die Entscheidung soll aber in der Regel optimal sein, weshalb neben dem Zielobjekt immer auch Kenntnisse (womit wiederum Informationen gemeint sind) über die Charakteristika der Auswahlobjekte erforderlich sind¹²⁶. Zu beachten ist allerdings, dass es – in Abweichung von der klassischen ökonomischen Lehre – unmöglich ist, alle für die Entscheidung notwendigen Informationen zu erhalten und zu bearbeiten. Dies führt dazu, dass zumindest ein Teil der Entscheidungen mit einer gewissen Unsicherheit getroffen werden, wobei die Unternehmen versucht sein können, eben diese Unsicherheit zu verringern¹²⁷.

3. Relevanz

Die Relevanz des Zusammenhangs zwischen Information und Entscheidung für die vorliegende Arbeit ergibt sich daraus, dass auch und gerade im Wettbewerb Entscheidungen getroffen werden müssen. Diese Entscheidungen betreffen nicht selten Wettbewerbsparameter wie Preise, Quantität oder Qualität. Die Unternehmen sind deshalb auf Informationen über den Markt angewiesen, um diesbezügliche Entscheide zu treffen.

123 VOGT, Handelsregister, S. 566.

124 HAYEK, Knowledge, S. 523.

125 VOGT, Handelsregister, S. 566.

126 LOCHMANN, Information, S. 149.

127 BEHRENS, ökonomische Grundlagen des Rechts, S. 107 f.; es wird noch darauf eingegangen sein, wie die Unternehmen versuchen, die Unsicherheit zu beseitigen (vgl. nachfolgend § 11 Ziff. 3.2 und insbesondere die Fallbeispiele in § 14).

Bereits 1990 setzte sich ZÖLLNER mit der gestiegenen qualitativen Bedeutung der Information auseinander. So hielt er fest, dass »*diese gestiegene qualitative Bedeutung [...] in der kontinuierlichen Steuerungswirkung für individuelle und kollektive Entscheidungsprozesse*« liege. Beachtlich sei dabei nicht nur, dass sich die Zahl der Entscheidungen vervielfacht habe, sondern dass zudem die Anzahl Alternativen zu einer Entscheidung gestiegen und die Zahl der Informationen als Grundlage der Entscheidungen gewachsen sei.¹²⁸ Was ZÖLLNER vor beinahe 20 Jahren gesagt hat, ist heute aktueller denn je.

§ 7 Die Information in der vorliegenden Arbeit

1. Ausgangspunkt

1.1. Grundsätze aus der Rechtswissenschaft

Es wurde gezeigt, dass die Rechtswissenschaften keinen einheitlichen Begriff der Information kennen. Ebenso wurde dargelegt, dass es kein Informationsrecht im eigentlichen Sinn gibt und dass Entwicklungen in die Richtung einer Informationsordnung, die zwar keine einheitliche Kodifizierung informationsrechtlicher Sachverhalte darstellen soll, immerhin aber die Zusammenfassung informationsrechtlicher Fragen bezweckt, nur zögerlich vorankommen. Gewisse informationsrechtliche Sachverhalte haben aber bereits eine rechtliche Regelung erfahren, so zum Beispiel im Datenschutz, und zentral ist auch die Frage der informationsrechtlichen Intervention.¹²⁹

In Erinnerung zu rufen ist jedoch, dass sich auch die Rechtswissenschaften an den insbesondere von der Informationstheorie entwickelten Grundsätzen orientieren kann. So kann Information im rechtlichen Kontext als Vorgang, Inhalt oder als Zustand begriffen werden. Daneben sind auch die Dimensionen der Information – syntaktisch, semantisch oder pragmatisch – zu beachten, auch wenn dies direkt im Rahmen von Gesetzgebung und Rechtsprechung kaum praktikabel ist. Diese Unterscheidungen dienen aber dem weiteren Verständnis der Information und können so helfen, die aus rechtlicher Sicht richtigen Schlussfolgerungen zu ziehen.¹³⁰

128 Dazu ZÖLLNER, Informationsordnung, S. 13 f.

129 Vgl. zum Ganzen vorstehend § 5 Ziff. 2.5.

130 Vgl. dazu vorstehend § 5 Ziff. 2.1. bis 2.4.

1.2. Informationsökonomie

Klassische ökonomische Theorien und Modelle gehen vom Prinzip der vollständigen Information aus. Dass aber nie alle Akteure im wirtschaftlichen Umfeld über vollständige Information verfügen, ist dem System immanent. Die Suche nach (richtiger) Information stellt dabei einen Aufwand dar, der Kosten generiert. Die genannten Theorien und Modelle zeigen zudem auf, dass Information wesentliche Grundlage von Entscheidungen sein muss.

Solche Entscheidungen müssen im unternehmerischen Umfeld täglich gefällt werden. Für die (situationsbedingt) beste Entscheidung wird die richtige Information benötigt. Zwar verursacht die Suche nach Informationen Kosten, doch gilt das Gleiche für Situationen, in denen nicht die richtige Entscheidung gefällt wurde. Falsche Entscheidungen führen zu Folgekosten, weshalb die Unternehmen versucht sind, bessere, umfassendere oder schlicht richtige Informationen über geeignete Kanäle zu beschaffen.

2. Schlussfolgerungen

2.1. Einleitung

Eines ist vorwegzunehmen: Es geht hier nicht darum, Ausführungen zu einer Informationsordnung zu machen oder gar eine solche zu konzipieren. Die Frage nach dem Wesen der Information, ihrer Ausgestaltung und dem Umgang mit informationsrechtlichen Sachverhalten scheint vielmehr wesentliche Grundlage zu sein, um auch in Rechtsgebieten, die sich noch nicht umfassend mit der Information beschäftigt haben, nach deren Rolle zu forschen. Dies setzt allerdings voraus, dass für den konkreten Fall klare Vorstellungen über den Begriff der Information bestehen¹³¹.

Wie erwähnt, fehlt eine Definition der Information, die aufgrund ihrer allgemeingültigen Kriterien auf sämtliche Wissenschaftsgebiete und schliesslich in sämtlichen Rechtsgebieten Anwendung finden kann. So muss auch in der vorliegenden Arbeit der Begriff davon abhängen, was problematisiert wird¹³². Und da an dieser Stelle sowohl ökonomische wie auch rechtliche Sachverhalte problematisiert werden, scheint es notwendig zu sein, eine Definition von Information gestützt auf jene Merkmale und Eigenheiten kreieren, wie sie in der Rechtswissenschaft und der Ökonomie von Bedeutung sind.

131 Ähnlich auch MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht, S. 23 f.

132 DRUEY, Information, S. 3.

2.2. Verwendbare Merkmale

Bei der Frage nach den verwendbaren Merkmalen ist zunächst vor Augen zu führen, was genau problematisiert wird. In der Einleitung wurde bereits ausgeführt, dass die Rolle der Information im Wettbewerb untersucht werden soll. Im Zentrum steht dabei der Informationsaustausch zwischen den Marktteilnehmern, wobei in erster Linie der Austausch von Informationen zwischen Konkurrenten problematisiert wird.

Unter Beachtung dieses Problemkreises kann vom rechtlichen Standpunkt her Folgendes festgehalten werden:

- a) Jene Rechtsgebiete, in welchen die Information bereits eine Regelung erfahren hat, sind vorliegend kaum relevant.
- b) Wird der Austausch von Informationen betrachtet, so könnte man meinen, das Merkmal der Information als Vorgang sei relevant. Dem ist aber nicht so: Unternehmen können Informationen austauschen. Wichtiger ist, welche Informationen sie austauschen – es geht also um den Inhalt der Information und die Wirkung des Austauschs.
- c) Information syntaktisch und semantisch sind vorliegend demnach nur von geringer Relevanz. Vielmehr ist das Augenmerk auf die pragmatische Ebene zu richten, weil nur sie Grundlage von Entscheidungen sein kann. Allerdings ist diese Aussage, wie noch zu zeigen sein wird, nicht absolut zu verstehen.

Vom ökonomischen Standpunkt aus kann schliesslich insbesondere festgehalten werden, dass die Rolle der Information im Zusammenhang mit ökonomischen Entscheiden von erheblicher Bedeutung ist. Allerdings sind nicht alle Entscheide und damit die ihnen zugrunde liegenden Informationen hinsichtlich Transaktionen relevant. Beachtlich sind vorliegend zunächst nur jene, welche den Wettbewerb betreffen.

2.3. Der Begriff der Information

2.3.1. Schnittmenge zwischen Recht und Ökonomie

Kartellrechtlich relevant sind insbesondere Abreden zwischen Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken (Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG), sowie unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG). Unter einer Wettbewerbsbeschränkung versteht man zunächst eine Verhinderung, Einschränkung oder Beeinträchtigung des Wettbewerbs, mithin jeder Eingriff in den Mechanismus von Angebot und Nachfrage. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn die wettbewerbliche Handlungsfreiheit hinsichtlich Wettbewerbsparametern beein-

trächtig wird¹³³. Unternehmerische Entscheide sind demnach in Bezug auf einen oder mehrere Wettbewerbsparameter eingeschränkt und gewisse Transaktionen werden entsprechend getätigt – oder nicht. Informationen, die Grundlage für die soeben beschriebenen Entscheide bilden, sind demnach im Rahmen dieser Arbeit beachtlich. Im kartellrechtlichen Kontext sind also jene Informationen von Relevanz, die bedeutsam für ökonomische bzw. unternehmerische Entscheide sind, was insbesondere dann der Fall ist, wenn sie Wettbewerbsparameter betreffen. Es handelt sich somit um jene Informationen, die sich in der Schnittmenge zwischen der pragmatischen (juristischen) und der informationsökonomischen Sichtweise befinden.

2.3.2. Relevanz

Das bedeutet also, dass jene Information von Relevanz ist, die dem Empfänger als vorbereitendes Wissen (oder zweckorientiertes Wissen) für einen nachfolgend zu fällenden Entscheid dient und dieser einen Wettbewerbsparameter betrifft.

Beispiel: Der Preis ist ein Wettbewerbsparameter. Tauschen Unternehmen Preisinformationen hinsichtlich einer Transaktion aus, so handelt es sich hierbei um Information mit Sinngehalt auf der pragmatischen Ebene. Wenn der Empfänger nun aufgrund dieser Preisinformation weiss, wie viel beispielsweise sein Konkurrent für eine bestimmte Leistung oder ein Produkt verlangt, so kann er seine eigene Offerte entsprechend steuern. Die Preisinformation des Konkurrenten kann demnach den eigenen Entscheid beeinflussen und ist damit »entscheidvorbereitend«.

Unter dem Begriff der »Information« werden im kartellrechtlichen Zusammenhang also (insbesondere) Informationen verstanden, die als zweckorientiertes Wissen Grundlage von ökonomischen Entscheiden hinsichtlich Wettbewerbsparametern bilden können und damit diesbezüglich entscheidvorbereitend sind.

3. Ausblick

Nachdem nun in diesem zweiten Kapitel ausführlich dargelegt wurde, was unter Information – generell und in der vorliegenden Arbeit – zu verstehen ist, geht es im Nachfolgenden darum, die ökonomischen Grundlagen aufzuzeigen, die im Zusammenhang mit Information, Wettbewerb und Unternehmen von Relevanz

133 ZÄCH, Kartellrecht, S. 1; BORER, Kartellgesetz, Art. 4 N 2 ff.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 42.

sind. Dabei spielen die Markttheorie und die Industrieökonomik, bei welcher die Spieltheorie ein wichtiges Instrument ist, eine wesentliche Rolle. Erst nach dem nächsten Kapitel wird es möglich sein, die Rolle der Information im Wettbewerb ganzheitlich zu untersuchen und rechtlich zu qualifizieren.

3. Teil: Ökonomische Grundlagen

§ 8 *Einleitung*

1. Wettbewerbsrecht und Ökonomie

Die Frage, weshalb sich eine juristische Arbeit über ein ganzes Kapitel hinweg mit ökonomischen Fragen befasst, ist berechtigt. Man muss sich jedoch vor Augen führen, dass in kaum einem anderen Rechtsgebiet die Ökonomie eine derart wichtige Rolle spielt wie im Kartell- bzw. Wettbewerbsrecht. Dies spiegelt sich in den Versuchen wieder, Normen zu schaffen, welche den Wettbewerb schützen sollen. Dass solche Normen gleichzeitig ganze Märkte verändern können, wird nicht immer bedacht. Insbesondere wird oftmals nicht gesehen, dass durch die Veränderung von Märkten auch ganze Kostenstrukturen von Firmen, deren Preisgestaltung und letztlich ihre Handlungsfreiheit beeinflusst wird. Es sollte demnach bei der Anwendung und Interpretation, insbesondere aber auch bei der Schaffung von neuen Normen stets danach gefragt werden, welche ökonomischen Auswirkungen diese haben könnten.

Hierzu ein Beispiel, das im schweizerischen Wettbewerbsrecht Niederschlag gefunden hat: Würde zur Diskussion stehen, ob horizontale Abreden zwischen Wettbewerbern grundsätzlich zu verbieten wären, so müsste gleichzeitig berücksichtigt werden, dass ein Verbot nicht in jedem Fall das Ziel erreichen kann, den Wettbewerb zu schützen bzw. zu intensivieren. So ist beispielsweise anerkannt, dass gerade die Zusammenarbeit in Forschung und Entwicklung Innovationen fördert, so dass eine stimulierende Wirkung für den Wettbewerb möglich ist¹³⁴. Gleichzeitig könnten die an der Kooperation Beteiligten gerade aufgrund dieser Zusammenarbeit Kosten sparen, was dann ein Vorteil ist, wenn die Einsparung in Form von besserer Qualität, besserer Beratung oder tieferen Preisen an die Abnehmer weitergegeben wird¹³⁵. Aus diesen Gründen hat sich auch der schweizerische Gesetzgeber mit solchen Themenbereichen auseinandergesetzt und in Art. 5 des Kartellgesetzes festgehalten, dass Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Dienstleistungen erheblich beeinträchtigen, durchaus zulässig sein können. Dies ist dann der Fall, wenn sie sich aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen (Abs. 1), wobei sie notwendig sein müssen, um beispielsweise die Forschung oder die Verbreitung

134 BAUMOL, Horizontal Collusion and Innovation, S. 129 f.

135 BOTSCHAFT 1994, S. 473.

von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern (Abs. 2 lit. a), und keineswegs den beteiligten Unternehmen Möglichkeiten eröffnen dürfen, wirksamen Wettbewerb gänzlich zu beseitigen (Abs. 2 lit. b)¹³⁶.

2. Der Informationsaustausch in der Ökonomie

Wenn der Titel dieses Kapitels den Begriff »ökonomische Grundlagen« enthält, so gilt es zunächst zu klären, wessen ökonomische Grundlagen überhaupt gemeint sind. Dabei wurde bereits gezeigt, dass Information gerade hinsichtlich unternehmerischer Entscheidungen von erheblicher Relevanz ist. Unternehmerische Entscheidungen wiederum erfolgen aufgrund einer Strategie, welche das Unternehmen als Marktteilnehmer und gestützt auf bestimmte Bedingungen festsetzt, wobei sich diese Bedingungen auf das Verhalten anderer Unternehmen oder auf den Markt als Ganzes beziehen können. Immer aber beeinflussen Informationen über den Markt bzw. über die anderen Marktteilnehmer Unternehmensstrategien. Ökonomische Grundlagen sind deshalb dort zu suchen, wo sich die Ökonomie mit Unternehmensstrategien und damit auch mit der Funktionsweise von Märkten befasst. Mit der Analyse realer Märkte setzt sich insbesondere die neue theoretische Industrieökonomik auseinander, die sich aus einem zunächst mehrheitlich empirischen und erst etwas später stark theoretisch geprägten Betätigungsfeld entwickelt hat. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass den empirischen Analysen Branchenstudien vorausgingen, welche durch Kartellverfahren veranlasst wurden, und die ihrerseits Grundlage für die Entwicklung der späteren Theorien bildeten¹³⁷.

Unter Industrieökonomik wird gemeinhin die Analyse der Funktionsweise von Unternehmen bzw. ihrer Strategie auf dem Markt und ihrer Organisation verstanden¹³⁸. Die Industrieökonomik besitzt damit auch einen verhaltensorientierten Ansatz, was gerade im Hinblick auf die strategische Dimension unternehmerischer Entscheidungen von erheblicher Bedeutung ist¹³⁹. Allerdings beschäftigt sie sich mit vielfältigsten Unternehmens- und Marktformen. Für die vorliegende Arbeit ist es daher nötig, eine Differenzierung vorzunehmen, denn der Informationsaustausch ist nicht in allen Bereichen der Industrieökonomik von wettbewerbsrechtlicher Relevanz¹⁴⁰. Dabei hat es sich als nützlich erwiesen, eine Differenzierung aufgrund der Marktform vorzunehmen, wobei unter einer Marktform

136 Vgl. diesbezüglich die BOTSCHAFT 1994, S. 516.

137 TIROLE, Industrieökonomik, S. 3.

138 TIROLE, Industrieökonomik, S. 4.

139 KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 8 f.

140 Vgl. nachfolgend daher auch Ziff. 3.3.2.

die Beschreibung des Zustandes eines Marktes im Hinblick auf den Wettbewerb verstanden werden kann. Grundsätzlich und der Einfachheit halber sind drei Möglichkeiten denkbar. Auf der einen Seite des Spektrums befindet sich das Monopol, eine Marktform, bei welcher den Nachfragern nach einem Produkt oder einer Dienstleistung lediglich ein Anbieter gegenübersteht. Auf der gegenüberliegenden Seite ist die vollständige Konkurrenz zu finden: Hier besteht der Markt aus vielen Anbietern und Nachfragern. Irgendwo dazwischen befindet sich schliesslich das Oligopol, bei welchem auf dem Markt lediglich wenige Anbieter (homogener Produkte) vorhanden sind¹⁴¹. Zu beachten ist allerdings, dass es sich hierbei um vereinfachte Darstellungen, ja gar um »Extremsituationen« handelt¹⁴². In der Theorie werden noch weitere Marktformen unterschieden, wobei sowohl auf der Angebots- als auch auf der Nachfrageseite noch stärker anhand der Anzahl Teilnehmer differenziert wird (Marktanteil als morphologisches Strukturkriterium) und das Ergebnis in einem so genannten morphologischen Marktformenschema dargestellt wird¹⁴³.

Die Industrieökonomik berücksichtigt sämtliche dieser Marktformen. Es ist aber klar, dass der Informationsaustausch zwischen Unternehmen nicht in jedem Fall von gleicher Bedeutung ist. Es geht nachfolgend also darum, denjenigen Teil der industrieökonomischen Theorie herauszusuchen, der für den Austausch von Informationen zwischen Marktteilnehmern von Relevanz ist. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die Industrieökonomik nicht nur für die Bestimmung des Informationsaustauschs von Relevanz ist, sondern ganz generell für die Betrachtung strategischer Situationen, in denen sich Marktteilnehmer befinden. Wenn nun also im Folgenden diesbezüglich zuerst allgemeine ökonomische Erkenntnisse dargelegt werden, dann bloss deshalb, um eine Brücke zum Allgemeinproblem zu schlagen, mithin zu übergeordneten Fragestellungen, damit anschliessend eine sachgerechte Überprüfung des Sonderproblems, also des Informationsaustauschs, möglich wird. Zunächst aber sollen die verschiedenen Marktformen dargestellt werden, da dies zum Verständnis der darauf basierenden Modelle hilfreich ist.

141 Vgl. auch SHAPIRO, Oligopoly, S. 330.

142 Zum Beispiel: Sämtliche Anbieter auf dem entsprechenden Markt produzieren homogene Güter und die Nachfrager verfügen über vollständige Informationen hinsichtlich des Angebots.

143 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 5 ff.

3. Ökonomische Wettbewerbstheorie

3.1. Vollkommener Wettbewerb

Zentrale Frage bei der Untersuchung von Marktformen und des herrschenden Wettbewerbs ist oft die Art und Weise, wie die Marktteilnehmer ihre Preise festsetzen können. Eine erste Form ist jene des vollkommenen (oder vollständigen) Wettbewerbs, dem so genannten bilateralen Polypol (viele kleine Anbieter/viele kleine Nachfrager)¹⁴⁴. Herrscht vollkommener Wettbewerb, so bildet sich der Marktpreis beim Schnittpunkt der Angebots- mit der Nachfragekurve, wobei die Nachfragekurve und die Grenzerlöskurve zusammenfallen und die Unternehmer ihre Produktionsmenge dort festlegen, wo die Grenzerlöskurve (Grenzerlös = Marktpreis) die Grenzkostenkurve schneidet¹⁴⁵. Einfach ausgedrückt wird der Preis demnach im Schnittpunkt von Angebot und Nachfrage bestimmt. Zu beachten ist allerdings, dass die Unternehmen den Preis grundsätzlich nicht selbstständig festsetzen, sondern dem Markt entnehmen und insofern als sogenannte »Price taker«, also als Preis(ent)nehmer, handeln¹⁴⁶. In der Folge erhöhen sie die Produktionsmenge solange, bis der Marktpreis den Grenzkosten – und damit den Kosten¹⁴⁷, die durch die Produktion einer zusätzlichen Einheit eines Produktes entstehen – entspricht¹⁴⁸. Die nachfolgende Grafik soll die Situation bei vollkommener Konkurrenz verdeutlichen:

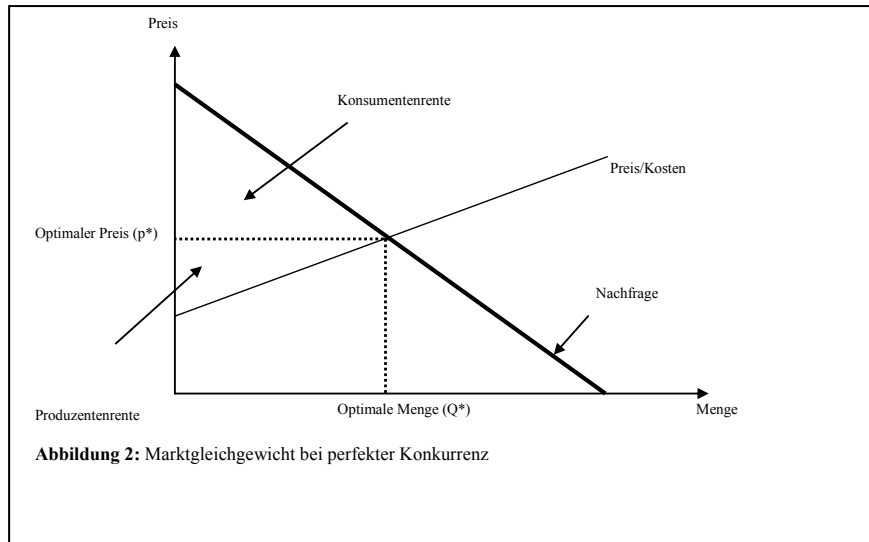
144 ZÄCH, Kartellrecht, S. 41 f.; im Englischen wird der Begriff »*perfect competition*« verwendet, weshalb im Deutschen teilweise auch der Begriff des »perfekten Wettbewerbs« auftaucht.

145 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 55 f.

146 Vgl. auch LÜSCHER, Glossar, S. 4.

147 Ökonomen verstehen unter Kosten nicht lediglich Kosten im eigentlichen Sinn, sondern vielmehr ein umfassendes Konzept. Der Begriff »Kosten« beinhaltet deshalb auch eine vernünftige Eigenkapitalrendite. Vgl. diesbezüglich POSNER, Antitrust Law, S. 10.

148 STROUX, Oligopoly, S. 2.



Entscheidend ist, dass die Unternehmen insofern keinen Einfluss auf den Marktpreis haben, als dass sie ihn nicht eigenständig erhöhen und damit Marktmacht ausüben können¹⁴⁹. Würde ein Unternehmen den Preis eines Gutes eigenständig über dem Marktpreis ansetzen, so würde es sämtliche Nachfrager an seine Konkurrenten verlieren¹⁵⁰. Dem Unternehmen bliebe es auf der anderen Seite zwar unbenommen, den eigenen Preis unter dem Marktpreis anzusetzen, um damit die gesamte Nachfrage auf sich zu ziehen. Allerdings würde daraus ein Verlust resultieren, denn die Produktion einer zusätzlichen Einheit (bzw. eines zusätzlichen Gutes) würde mehr kosten, als durch den nachfolgenden Verkauf eingenommen werden könnte¹⁵¹.

Das Resultat dieses wettbewerblichen Vorgangs ist eine Optimierung von Produktion und Allokation¹⁵². Zum einen werden keine Güter produziert, deren Grenzkosten über dem Marktpreis liegen bzw. die Unternehmen werden ge-

149 BESANKO/DRANOVE/SHANLEY/SCHAEFER, *Economics of Strategy*, S. 199; STROUX, *Oligopoly*, S. 2.

150 Diese Aussage basiert auf der Annahme der vollkommenen Markttransparenz und unendlichen Reaktionsgeschwindigkeit, das heisst die Abnehmer verfügen über vollständige Information bzw. wissen über das »Konkurrenzprodukt«, und damit auch über dessen Preis, Beschaid und haben die Möglichkeit, dieses andere Produkt sofort zu erwerben. Es handelt sich hierbei um eine Annahme, die dem Modell der vollständigen Konkurrenz zwingend zugrunde liegen muss. Vgl. auch BRÜTSCH, *Parallelverhalten*, S. 6.

151 WAGNER-VON PAPP, *Marktinformationsverfahren*, S. 55.

152 In diesem Zusammenhang spricht man auch von effizienter Allokation: Tiefstmöglicher Preis und maximale Konsumentenrente.

zwungen, zu den tiefstmöglichen Kosten zu produzieren¹⁵³. Zum anderen führt die vollständige Konkurrenz unabhängig von der Allokation dazu, dass all jene ein entsprechendes Gut erwerben können, deren Zahlungsbereitschaft mindestens den Grenzkosten entspricht¹⁵⁴.

Charakteristika für vollkommenen Wettbewerb sind eine grosse Anzahl (und damit ohnmächtiger bzw. marktmachtloser¹⁵⁵) Anbieter und Nachfrager homogener oder zumindest sehr ähnlicher Güter bzw. Dienstleistungen¹⁵⁶. Dabei wird auch vom Zustand der Dependenz gesprochen, in dem kein Wettbewerber in der Lage ist, den Konkurrenten oder der Marktgegenseite seine eigenen Bedingungen aufzuzwingen¹⁵⁷. Allerdings ist zu beachten, dass die Bedingungen für vollkommenen Wettbewerb in der Realität kaum je erfüllt sind¹⁵⁸. Ein »beidseitiges Polypol« bedeutet also nicht unweigerlich, dass auf einem bestimmten Markt intensiver bzw. sogar vollkommener Wettbewerb herrscht¹⁵⁹.

3.2. Das Monopol

Das andere Extrem stellt die Marktform des Monopols dar. Unter einem Monopol wird *ein* Anbieter¹⁶⁰ (oder eine Gruppe von Anbietern, die sich wie ein einziger verhalten [können]¹⁶¹) verstanden, der den Preis seines Produktes verändern kann, indem er seine produzierte Menge verändert¹⁶². Dies kann er deshalb tun,

153 Es ist zwar durchaus denkbar, dass anfänglich Unternehmen im Markt sind, deren Grenzkosten den Marktpreis übersteigen. Allerdings werden diese Anbieter unweigerlich aus dem Markt gedrängt, da sich entweder für den entsprechend höheren Preis keine Abnehmer finden oder sie bei einem tieferen Preis (sprich: dem Marktpreis) nur noch Verluste »erwirtschaften«.

154 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 55; STROUX, Oligopoly, S. 2; vgl. zur Allokations- und Auslesefunktion sowie zu weiteren Funktionen des Wettbewerbs auch ZÄCH, Kartellrecht, S. 10 ff.

155 ZÄCH, Kartellrecht, S. 41.

156 STROUX, Oligopoly, S. 2.

157 JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 4; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 6.

158 Vgl. diesbezüglich CLARK, Workable Competition, S. 241, mit Hinweisen auf die Entwicklung der Wettbewerbstheorien; STROUX, Oligopoly, S. 4; BOTSCHAFT 1994, S. 504 ff.

159 Vgl. diesbezüglich ZÄCH, Kartellrecht, S. 42.

160 Der Einfachheit halber ist anzunehmen, dass die Qualität der vom Monopolisten erzeugten Güter den Abnehmern bekannt ist und dass für das Gut bzw. die verkauften Einheiten stets derselbe Preis verlangt wird. Vgl. hierzu auch TIROLE, Industrieökonomik, S. 143.

161 Vgl. den Hinweis bei BESANKO/DRANOVE/SHANLEY/SCHAEFER, Economics of Strategy, S. 202.

162 POSNER, Antitrust Law, S. 9. Zur Vereinfachung wird an dieser Stelle und auch nachfolgend immer nur von der Angebotsseite gesprochen. Allfällige Nachfragemonopole

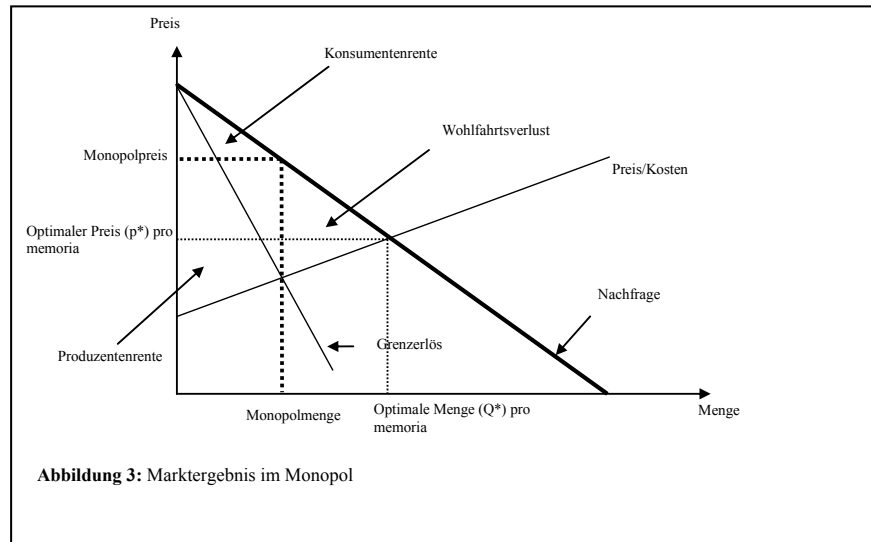
weil er auf dem entsprechenden Markt der einzige Anbieter ist und sich aufgrund dessen kein Wettbewerb bilden kann¹⁶³. Er verfügt dadurch über volle Marktmacht.

Die Preis- und Mengenbestimmung unterscheidet sich grundlegend von jener bei vollständiger Konkurrenz. Während die Unternehmen bei vollständiger Konkurrenz – wie bereits gesehen – den Preis dem Markt entnehmen und sich die Nachfragekurve (vereinfacht) horizontal darstellt, ist es dem Monopolisten unbenommen, den Preis dort anzusetzen, wo sich ihm das grösste Gewinnmaximierungspotential eröffnet¹⁶⁴. Entscheidet sich der Monopolist für einen höheren Preis, so wird er weniger verkaufen – setzt er hingegen den Preis tiefer an, so kann er die Verkaufszahlen steigern. »Technisch« ausgedrückt heisst das, dass die Grenzerlöskurve subadditiv verläuft, weshalb der Monopolist grundsätzlich den Preis des Produktes senken muss, um eine zusätzliche Einheit zu verkaufen¹⁶⁵. Hätte der Monopolist bei dieser Ausgangslage die Möglichkeit zu perfekter Preisdiskriminierung, so könnte er für jeden Verkauf einer Einheit den Preis individuell festsetzen. Da eine solche Preisdiskriminierung aber häufig nicht möglich ist, sei dies aus rechtlichen Gründen¹⁶⁶ oder aufgrund ungenügender Information der Marktgegenseite, muss der Monopolist den Preis für alle verkauften Einheiten senken¹⁶⁷. Aufgrund dieser Tatsache ist der Grenzerlös kleiner als der Erlös aus dem Verkauf der zusätzlichen Einheit und die Grenzerlöskurve schneidet die Grenzkostenkurve bei einer tieferen als der Wettbewerbsmenge. Entsprechend höher ist dann auch der Preis bei der Monopolmenge, da er nicht anhand des Schnittpunkts Grenzerlös-Grenzkosten bestimmt, sondern der darüber liegenden Nachfragekurve entnommen wird¹⁶⁸. Es zeigt sich also, dass

oder -oligopole werden, von einigen Ausnahmen abgesehen, nicht berücksichtigt bzw. behandelt.

- 163 Zu den Grundvoraussetzungen für Wettbewerb vgl. ZÄCH, Kartellrecht, S. 6 f. Selbstverständlich könnten höhere Preise Unternehmen auf anderen Märkten dazu veranlassen, in den monopolistischen Markt einzudringen, um sich ihren »Teil des Kuchens« zu sichern (potentieller Wettbewerb), vgl. hierzu POSNER, Antitrust Law, S. 10.
- 164 MARSHALL, Economics, S. 395, führt an, bei der Suche des Monopolisten nach dem grösstmöglichen Gewinnmaximierungspotential handle es sich um dessen »prima facie«-Interesse, mithin um das vordergründigste Interesse eines Monopolisten.
- 165 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 58; unter Subadditivität wird gemeinhin ein Zustand bezeichnet, in dem die Produktion von Gütern durch eine Unternehmung kostengünstiger geschehen kann, als wenn dies mehrere Unternehmen tun würden.
- 166 Zum Schweizer Recht vgl. etwa Art. 7 Abs. 2 lit. b KG und ZÄCH, Kartellrecht, S. 326 ff.; für das Recht der EU vgl. Art. 82 EGV und ZÄCH, Kartellrecht, S. 99 ff.
- 167 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 56 f.
- 168 Vgl. hierzu auch BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 7, insbesondere den Hinweis in Fn 18. Beachtlich ist, dass das Konzept Grenzerlös = Grenzkosten sowohl bei vollkommener Konkurrenz als auch beim Monopol gilt. Wie gezeigt liegt der Unterschied lediglich da-

die monopolistische Marktform nicht nur Auswirkungen auf die Produktionsmenge, sondern auch auf den Preis hat. Der Monopolist produziert weniger und verlangt hierfür einen höheren Preis¹⁶⁹.



Monopolistische Märkte haben mehrere Effekte, die sich aus dem soeben Gesagten ableiten lassen. Der erste hier zu nennende Effekt ist der so genannte Wohlfahrtsverlust¹⁷⁰ (»deadweight welfare loss«). Der deadweight loss entsteht dadurch, dass sich die Preisfestsetzung für den Monopolisten jenseits des Schnittpunktes von Grenzerlös und Grenzkosten per Saldo nicht lohnt¹⁷¹. Das führt dazu, dass Abnehmer trotz Zahlungsbereitschaft über den Grenzkosten das Gut zum Monopolpreis nicht erwerben können und dadurch einen (eigenen) Wohlfahrtsverlust erleiden. Konsequenz daraus ist, dass all jene Abnehmer, die das entsprechende Gut nicht erwerben konnten, auf minderwertigere bzw. kosten-

rin, dass bei der vollkommenen Konkurrenz der Preis vorgegeben ist. Für den Produzenten ist es optimal, jede mögliche Einheit eines Gutes zum gegebenen Preis zu verkaufen.

169 Vgl. JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 5 f., der in diesem Zusammenhang zu Recht auf die Problematik von Aussenseitern (»fringe firms«) hinweist und erklärt, diese würden ihre Produktionsmenge – wie die Polypolisten – anhand des durch den Monopolisten vorgegebenen Preises festsetzen. Sie haben demnach kaum einen Einfluss auf die Marktmacht des Quasi-Monopolisten.

170 Vgl. diesbezüglich vor allem POSNER, Monopoly, S. 807 ff.; LÜSCHER, Glossar, S. 5.

171 Der Gewinn zusätzlich erschlossener Abnehmer ist sehr oft kleiner als der Verlust durch die Preissenkung.

intensivere Produkte, sei dies nun aufgrund der Qualität oder beispielsweise auch aufgrund der geringeren Produktionseffizienz, ausweichen müssen¹⁷². Allerdings erleiden nicht nur die Abnehmer, sondern auch der Monopolist einen Wohlfahrtsverlust, da er mit dem höheren Preis bestehenden Bedarf unbefriedigt lässt, denn es wäre ihm ja möglich, diesen zusätzlichen Bedarf mit Gewinn zu bedienen¹⁷³.

Weitere Effekte monopolistischer Märkte sind das Rent-Seeking- und das Rent-Preservation-Verhalten¹⁷⁴. Zur Illustration verwendet POSNER das Beispiel des Diebstahls: Nicht nur der Dieb muss für seine Handlungen Ressourcen aufwenden (bzw. konsumieren), sondern auch das Opfer, das seine (übrig gebliebene) Habe vor Diebstahl zu schützen versucht. Die dabei verwendeten Ressourcen beider Seiten, die lediglich deshalb entstehen, weil die Möglichkeit eines Diebstahls besteht bzw. ein solcher begangen wurde, können ebenso als Wohlfahrtsverlust bezeichnet werden¹⁷⁵. Das soeben Gesagte bedeutet nichts anderes, als dass Ressourcen (in den meisten Fällen Geld) für die Erlangung und die Erhaltung einer Monopolstellung aufgewendet werden, was eigentlich – bestünde Wettbewerb in reiner Form – nicht nötig wäre¹⁷⁶. Diese allokativen Ineffizienzen hat schliesslich der Abnehmer bzw. die Marktgegenseite beispielsweise in Form von höheren Preisen zu tragen. Aus diesen Gründen sind die Nachteile des Monopols gegenüber einem Polypol wettbewerbspolitisch unbestritten, weshalb das Monopol in Gesetzgebung und Rechtsprechung einen entsprechenden Niederschlag gefunden hat¹⁷⁷.

Zu erwähnen bleibt, dass bei der Untersuchung eines Monopols und der möglichen Auswirkungen eines solchen stets auch die Marktgegenseite in die Erwägungen miteinbezogen werden muss. Liegt nämlich ein so genanntes bilaterales Monopol vor, steht also ein grosser Anbieter einem grossen Nachfrager gegen-

172 STROUX, Oligopoly, S. 3; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 57; POSNER, Antitrust Law, S. 12.

173 Der Unterschied ist lediglich, dass aus der Sicht des Monopolisten der deadweight loss durch den zusätzlichen Gewinn mehr als aufgewogen wird, vgl. WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 57. Der Wohlfahrtsverlust von Monopolist und Abnehmern zusammen wird auch als sozialer Wohlfahrtsverlust bezeichnet, vgl. STROUX, Oligopoly, S. 3. Zur Berechnung des Wohlfahrtsverlustes vgl. TIROLE, Industrieökonomik, S. 146 ff.

174 LÜSCHER, Glossar, S. 5; BAUMOL, Horizontal Collusion and Innovation, S. 129 f.; TIROLE, Industrieökonomik, S. 166 ff.

175 POSNER, Monopoly, S. 807 f., mit Hinweisen.

176 Weshalb das Wettbewerbsrecht dies (mit Verboten) zu verhindern versucht. Vgl. diesbezüglich POSNER, Antitrust Law, S. 16 f.; STROUX, Oligopoly, S. 3.

177 Anzumerken bleibt der Vollständigkeit halber allerdings Folgendes: Mit dieser Aussage ist aber gerade bei Wohlfahrtsmodellen nicht das letzte Wort gesprochen. Es ist daher durchaus möglich, dass in ganz bestimmten – wenn auch seltenen – Fällen ein Monopol durchaus wohlfahrtsoptimal sein kann.

über, so zeigt sich, dass beide Marktteilnehmer das Marktergebnis nicht mehr frei bestimmen können. Vielmehr wird die gegenseitige Marktmacht relativiert und der Ausgang hängt von Verhandlungen ab, weshalb das Marktergebnis als unbestimmt bezeichnet wird¹⁷⁸.

3.3. Das Oligopol

3.3.1. Einleitung

Nach den beiden Extremen ist als Nächstes auf die einleitend als »irgendwo dazwischen liegend« bezeichnete Marktform einzugehen¹⁷⁹. Diese Bezeichnung dürfte wohl insofern richtig sein, als dass dieses »Dazwischen« nicht an klaren Kriterien festgemacht werden kann, was wiederum in der unbestimmten Definition des Oligopols seine Ursache hat. Gemeinhin versteht man unter einem Oligopol eine Marktform, bei welcher wenige Anbieter vielen Abnehmern gegenüberstehen. Doch sagt dies noch nichts über die besonderen Eigenschaften eines Oligopols aus. Betrachtet man einen Markt mit vielen Anbietern, so ist, wie bereits gezeigt¹⁸⁰, davon auszugehen, dass jeder einzelne dieser Anbieter grundsätzlich keine Marktmacht ausüben kann, d.h. jeder kann ohne relevante Wirkungen auf die übrigen Marktteilnehmer gewisse Variablen (z.B. den Preis) verändern¹⁸¹. POSNER bringt hierfür das folgende Beispiel: Agieren auf einem Markt für ein bestimmtes Gut 100 gleich grosse Marktteilnehmer und erhöht einer von ihnen seine produzierte Menge um 20 Prozent, so ergibt dies für alle Übrigen eine Reduktion des Outputs von lediglich 0,2 Prozent (die verkaufte Menge reduziert sich bei der Annahme eines homogenen Gutes und vollständiger Markttransparenz je Anbieter um diese Menge). Diese (vereinfachten) Zahlen machen zum einen deutlich, dass sich unter solchen Bedingungen ein Anbieter nicht um die Reaktion seiner Gegenspieler auf sein Marktverhalten bzw. auf die Ausweitung der Produktionsmenge zu sorgen braucht¹⁸². Zum andern zeigt sich aber auch, dass bei dieser Konstellation jeder Einzelne nur geringen Einfluss auf den Marktpreis hat. Ganz anders sieht es aber in einem Markt aus, auf dem nur wenige, beispielsweise drei, Anbieter vorhanden sind. Erhöht einer seinen Output um 20 Prozent, so ergibt sich für die andern zwei Anbieter eine Reduktion um

178 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 7.

179 Vgl. vorstehend § 8 Ziff. 2; SHAPIRO, Oligopoly, S. 330; JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 3.

180 Vorstehend Ziff. 3.1.

181 HAUPT, Kollektive Marktbeherrschung, S. 20.

182 POSNER, Oligopoly, S. 1563 f.

10 Prozent, sofern sich gleichzeitig auch der Preis verändert¹⁸³. Auf einem Markt mit wenigen Anbietern hat das Verhalten eines einzigen Anbieters also eine viel grössere Wirkung auf die Konkurrenten. Diese Wechselwirkung wird gemeinhin als Inderdependenz bezeichnet¹⁸⁴. Dass die beiden letzteren Marktteilnehmer eine derartige Reduktion ihres Outputs nicht einfach so hinnehmen würden, versteht sich von selbst. Der Oligopolist muss daher, anders als der Mono- oder der Polypolist, nicht nur die Reaktion der Marktgegenseite, sondern auch diejenige seiner Konkurrenten stets in Betracht ziehen¹⁸⁵. Im Gegensatz zu den beiden Polen befinden sich demnach die Unternehmen nicht mehr in einer passiven Umgebung¹⁸⁶.

Doch wie viel nun »Viele« und wie wenig »Wenige« sind, kann nicht einfach so beantwortet werden. Natürlich wird von einem Oligopol erst dann gesprochen, wenn mindestens zwei Anbieter vorhanden sind, womit sich das Oligopol an dieser Stelle vom (eigentlichen) Monopol abgrenzen lässt¹⁸⁷. Auf der anderen Seite jedoch kann lediglich gesagt werden, dass von einer oligopolistischen Marktstruktur wohl dann auszugehen ist, wenn gerade so viele Anbieter vorhanden sind, damit jeder für sich oder alle gemeinsam Marktmacht ausüben können¹⁸⁸. Das Wort »gemeinsam« stellt dabei den entscheidenden Unterschied dar: Im Gegensatz zum Monopol und zum perfekten Wettbewerb besteht für Anbieter auf oligopolistischen Märkten die Möglichkeit, miteinander zu interagieren und damit Marktwirkung zu erzielen¹⁸⁹. In Anlehnung an eine ältere Studie für das europäische Wettbewerbsrecht wird eine Anbietergruppe deshalb dann als Oligopol bezeichnet, wenn die Änderung eines relevanten Parameters – beispielsweise des Outputs (vgl. oben) – durch den einen Oligopolisten für die übrigen zu einer *fühlbaren Veränderung* ihrer Absatzmöglichkeiten führt, womit die bereits angesprochene Interdependenz gemeint ist. Die Oligopolisten werden in der Folge zu einer Reaktion hinsichtlich ihres Verhaltens auf dem Markt veranlasst¹⁹⁰. BRÜTSCH nennt dies auch das Bewusstsein der gegenseitigen Reaktionsverbundenheit¹⁹¹. Diese Definition des Oligopols erscheint sinnvoll, berücksichtigt sie

183 POSNER, Oligopoly, S. 1563 f.

184 POSNER, Antitrust Law, S. 55 ff.

185 HAUPT, Kollektive Marktbeherrschung, S. 21; STROUX, Oligopoly, S. 3; JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 3.

186 TIROLE, Industrieökonomik, S. 447.

187 So auch BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 8.

188 Vgl. auch LÜSCHER, Glossar, S. 2, der von wenigen Unternehmen spricht; »etwa zwischen zwei und zehn« Anbieter oder Nachfrager.

189 STROUX, Oligopoly, S. 3; BESANKO/DRANOVE/SHANLEY/SCHAEFER, Economics of Strategy, S. 209 ff.

190 KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 13 f., mit Verweis.

191 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 21, insb. auch S. 22.

doch das wichtigste Element dieser Marktform, nämlich die Abhängigkeiten, und nicht das (untaugliche) Element der Anzahl Anbieter¹⁹². Immerhin bleibt zu beachten, dass – wie auch beim Monopol – so genannte Aussenseiter (»Fringe Firms«) vorhanden sein können, die sich lediglich anpassen und zu denen, beispielsweise aufgrund ihrer Grösse und Bedeutung, keine Reaktionsverbundenheit besteht¹⁹³.

3.3.2. Feststellung der Interdependenz

Soeben wurde dargelegt, dass von einem Oligopol dann gesprochen werden kann, wenn sich die Wettbewerber ihrer gegenseitigen Reaktionsverbundenheit bewusst sind bzw. wenn zwischen ihnen eine Interdependenz besteht, so dass sie bei ihren eigenen strategischen Entscheidungen die möglichen Reaktionen der Konkurrenten in Betracht ziehen müssen. Es fragt sich nun aber, wann eine solche Interdependenz vorliegt oder wie sie festgestellt werden kann.

Für die genannte Spürbarkeit der Entscheidungen ist – wie erwähnt – Marktmacht notwendig, ein Begriff, der in der wettbewerbsrechtlichen Literatur schon umfassend erläutert wurde und teilweise Eingang in die Gesetzgebung gefunden hat (vgl. beispielsweise Art. 2 Abs. 1 KG, *sachlicher Geltungsbereich*). Allerdings wird der Begriff »Marktmacht« nicht näher definiert. Art. 4 Abs. 2 KG enthält lediglich eine Definition für Marktbeherrschung, was mit Marktmacht aber nicht gleichzusetzen ist. Wer über Marktmacht verfügt, der muss nicht zwangsläufig marktbeherrschend sein, doch geht seine Stellung über blossen Markteinfluss hinaus¹⁹⁴. Sicher ist aber, dass das Vorliegen von Marktmacht immer dann zu bejahen ist, wenn die Voraussetzungen der Marktbeherrschung vorliegen. Dies führt dazu, dass bei der Untersuchung der Marktmacht die Anzahl der Unternehmen sowie deren Marktanteile die wichtigsten Faktoren darstellen, auch wenn schliesslich noch der potentielle Wettbewerb und die Stellung der Marktgegenseite zu berücksichtigen sind¹⁹⁵. Die Durchführung dieses Marktmachttests erlaubt schliesslich die Feststellung der Interdependenz und der Bezeichnung von Aussenseitern.

192 Im Ergebnis gleich: BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 9.

193 KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 14, mit dem Hinweis auf die problematische Abgrenzung zwischen Oligopolmitgliedern und Aussenseitern. Die Marktstruktur alleine reicht dabei allenfalls nicht aus, weshalb hier bewusst ein »beispielsweise« vor »Grösse« gesetzt wurde.

194 ZÄCH, Kartellrecht, S. 117.

195 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 22 f.; vgl. auch die Verweise auf die diesbezügliche Behandlung durch die WEKO bei BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 22, Fn 76 und insb. Fn 87, sowie ZÄCH, Kartellrecht, S. 117, Fn 397 f.

Eine weitere Möglichkeit, die Interdependenz auf einem oligopolistischen Markt festzustellen, ist die Ermittlung der Kreuzpreiselastizität, also in der Überprüfung der Beweglichkeit der Nachfrage: Je intensiver die Konkurrenz durch Substitutionsprodukte ist, desto elastischer ist die Nachfrage¹⁹⁶. Dabei zeigt sich auch hier, dass das Bewusstsein der gegenseitigen Reaktionsverbundenheit mit der sinkenden Zahl an Wettbewerbern grundsätzlich zunimmt¹⁹⁷.

3.3.3. Das Oligopol und die Information

Die gegenseitige Reaktionsverbundenheit und die damit (in der Regel) einhergehende Interaktion ist gleichzeitig das Stichwort für die Erklärung, weshalb das Oligopol für die Behandlung der Information bzw. des Informationsaustauschs im Wettbewerb von entscheidender Bedeutung ist. Während der Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern im Monopol begriffsnotwendig (mangels Gegenseite bzw. Empfänger) nicht möglich ist¹⁹⁸ und ein solcher bei perfektem Wettbewerb aufgrund der fehlenden Marktmacht unter normalen Umständen keine Wirkung entfalten kann, konzentriert sich die Untersuchung der (wettbewerbsrelevanten) Wirkungen des Austauschs von Informationen zwischen Wettbewerbern zwangsläufig auf – mehr oder weniger – oligopolistische Märkte.

Informationen über andere Unternehmen und deren Verhalten bzw. generell über den Markt gewinnen an Bedeutung, wenn Entscheidungen nicht mehr ohne bzw. gänzlich unabhängig von den Konkurrenten gefällt werden können. Es gilt, hinsichtlich der Marktgegenseite, aber auch hinsichtlich der möglichen Reaktionen der Konkurrenten, die beste Entscheidung zu treffen. Unter Umständen entscheidet sich ein Unternehmen zu einem anderen als dem ursprünglich geplanten Verhalten, sei dies aus Angst vor der Reaktion der Konkurrenten oder zum Zwecke der Gewinnmaximierung, wenn es Informationen über seine Wettbewerber und über deren Verhalten erhält. Damit zeigt sich gleichzeitig, dass der Austausch von Informationen Auswirkungen auf das Verhalten der Wettbewerber und damit auf den Wettbewerb als solchen haben kann.

196 Im Sinne der Marktnachfrage *und* der unternehmensindividuellen Nachfrage, vgl. KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 20.

197 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 24 f.; vgl. aber auch die von KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 20 ff., angesprochenen Ambivalenzen.

198 Natürlich ist es auch für den Monopolisten von Wichtigkeit, Informationen über den Markt zu sammeln, allerdings sind sie für ihn nicht von direkten Konkurrenten erhältlich, sondern vielmehr von der Marktgegenseite oder gar von anderen Märkten. Vgl. zur Informationsbeschaffung im Monopol KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 3.

Allerdings, und dies soll hier nicht vergessen werden, besteht ein weiterer, rein faktischer Grund, weshalb das Oligopol und damit der Austausch von Informationen zwischen Oligopolisten von besonderer wettbewerbsrechtlicher Relevanz ist: Aufgrund der fortschreitenden Globalisierung ist eine natürliche Konzentration auf vielen Märkten feststellbar, weshalb sich vermehrt oligopolistische Probleme bei Wettbewerbsbehörden, aber auch bei Unternehmen auf oligopolistischen Märkten stellen.

3.3.4. Preisgestaltung als Beweis für die Interdependenz

a) Vorbemerkung

Es wurde gezeigt, dass Oligopolisten im Gegensatz zu Monopolisten oder Polypolisten die Reaktion der Konkurrenten in Erwägung ziehen müssen. Doch wie stellt sich dies nun im Modell dar bzw. auf welche Art und Weise kann die Reaktionsverbundenheit zwischen den Oligopolisten aufgezeigt werden?

Vor der Beantwortung dieser Frage kann zunächst einmal auf die vorstehenden Absätze zum vollkommenen Wettbewerb und zum Monopol verwiesen werden, in welchen erklärt wurde, wie die dortige Preisfestsetzung vor sich geht. Während also im vollkommenen Wettbewerb eine Preissenkung in der Regel nur mit Verlusten möglich ist und der Monopolist seinen Preis grundsätzlich frei festlegen kann¹⁹⁹, stehen dem Oligopolisten mehrere Varianten zur Verfügung, unter denen er eine zu wählen hat. Diese Entscheidungssituation kann mit dem Gefangenendilemma dargestellt werden.

b) Gefangenendilemma

»*To confess or not to confess*«? Dieses Problem stellt sich nicht etwa einem delinquenten Shakespeare-Protagonisten, sondern einem Gefangenen (oder formaljuristisch ausgedrückt: einem Beschuldigten), wenn er und sein Mittäter (zum ersten und einzigen Mal) getrennt voneinander und ohne die Möglichkeit der vorherigen Absprache verhört werden. Das so genannte Gefangenendilemma, ob es nun besser wäre, zu gestehen oder nicht, stellt zwar gemeinhin den Ausgangspunkt spieltheoretischer Erläuterungen dar, auf die in diesem Kapitel noch eingegangen wird. Mit dem Gefangenendilemma lassen sich aber nicht nur

199 In diesem Sinne treffen beide von den Konkurrenten unabhängige Entscheidungen, auch wenn der Polypolist aufgrund der Verlustaussicht an das Faktische gebunden scheint.

die wesentlichen Merkmale einer Spielsituation beschreiben, sondern zudem auch die Problematik der Interdependenz²⁰⁰.

Das Gefangenendilemma erhielt und erhält noch immer grosse Aufmerksamkeit. Zurück zu führen ist es auf eine (erst im Jahre 2001 erstmals publizierte) Notiz von ALBERT TUCKER aus dem Jahre 1950²⁰¹. TUCKER beschreibt als erster auf lediglich einer Seite und unter dem Titel »A Two-Person Dilemma« die Situation, in welcher zwei Männer – als Mittäter – durch die Polizei verhaftet und getrennt befragt werden²⁰². Ausführlich beschrieben wurde das Gefangenendilemma jedoch erst durch LUCE und RAIFFA²⁰³, und zwar wie folgt: Zwei Männer werden der Begehung zweier Delikte verdächtigt und deshalb von der Polizei verhaftet. Der Staatsanwalt sieht sich mit dem Problem konfrontiert, dass er für das schwerere der beiden Delikte (noch) keine Beweise hat, sondern lediglich für das kleinere. In der *getrennten* Befragung zeigt er den beiden Verdächtigen deshalb zwei Alternativen auf, nämlich das schwere Delikt zu gestehen, über dessen Begehung durch die beiden Täter bei der Polizei keine Zweifel bestehen, oder nicht zu gestehen. Dabei zeigt er den Befragten auch die Folgen der beiden Alternativen auf. Sollte keiner der beiden gestehen und würden keine entsprechenden Beweise gefunden, so könnte lediglich eine Verurteilung zu einer geringen Strafe aufgrund des bereits nachgewiesenen kleinen Delikts erfolgen. Würden beide Verdächtige das schwere Delikt gestehen, würden sie zwar auch entsprechend verurteilt, doch würde der Staatsanwalt eine wesentlich tiefere Strafe beantragen. Sollte schliesslich lediglich einer der beiden gestehen, so ergäbe sich die Situation, dass der Geständige milde behandelt würde, während der andere – und durch das Geständnis als Beweismittel belastete – Mittäter voll bestraft würde²⁰⁴.

Die sich den Angeschuldigten bietende Entscheidungssituation sowie die Folgen der Wahl einer entsprechenden Alternative können in einer so genannten »Payoff Matrix« dargestellt werden:

200 Intensiv auf die Spieltheorie eingegangen wird jedoch erst nachfolgend unter § 10.

201 STRAFFIN, *The Prisoner's Dilemma*, S. 5; TUCKER, *A Two-Person Dilemma*, S. 7.

202 TUCKER, *A Two-Person Dilemma*, S. 7.

203 LUCE/RAIFFA, *Games and Decisions*, S. 95.

204 LUCE/RAIFFA, *Games and Decisions*, S. 95; vgl. auch HOLLER/ILLING, *Spieltheorie*, S. 2 und WAGNER-VON PAPP, *Marktinformativverfahren*, S. 93.

| | | Gefangener 2 | |
|--------------|-----------------------|-----------------------|----------------------|
| | | <i>nicht gestehen</i> | <i>gestehen</i> |
| Gefangener 1 | <i>nicht gestehen</i> | (1 Jahr, 1 Jahr) | (10 Jahre, 3 Monate) |
| | <i>gestehen</i> | (3 Monate, 10 Jahre) | (8 Jahre, 8 Jahre) |

Abbildung 4: Gefangenendilemma

Ziel dieser Überlegungen ist es, die für jeden Mitspieler beste Entscheidung zu bestimmen. Gleichzeitig wird deutlich, vor welches strategische Entscheidungsproblem die beiden verdächtigten Männer gestellt werden²⁰⁵. Aus der Grafik geht hervor, dass die mindestens zu befürchtende Strafe drei Monate betragen würde. Dies wäre aus der Sicht beider Gefangener denn auch die »beste« Strafe. Da aber beide Gefangenen die Entscheidung des anderen jeweils mitberücksichtigen müssen, stellt sich für sie nicht die Frage, welche Strafe grundsätzlich die beste wäre, sondern welche die beste Entscheidung unter Berücksichtigung derjenigen des anderen Gefangenen wäre²⁰⁶.

Diese Entscheidungssituation lässt sich auch auf die Preisfindung im Duopol anwenden. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass es nicht um die zu erwartende Strafe, sondern um den zu erwartenden Gewinn bei der Festsetzung eines tiefen bzw. eines hohen Preises geht. Verlangt nur einer den höheren Preis, verliere er bei genügender Markttransparenz sämtliche Abnehmer an den preislich attraktiveren Konkurrenten und er würde keinen Gewinn machen. Wenn aber beide einen höheren Preis verlangen, dann stiege zwar der Gesamtgewinn, doch müssten sie diesen unter sich aufteilen. Wählen beide Konkurrenten den niedrigen Preis, so sinkt der Gesamtgewinn und damit auch der jeweilige Anteil daran. Am *besten* wäre es für die Wettbewerber, den höheren Preis zu verlangen. Das Risiko, dass ein Konkurrent trotz dieser Ausgangslage einen tieferen Preis ver-

205 Dabei ist anzufügen, dass die beiden Zahlen in den Klammern jeweils die zu erwartende Strafe für den Gefangenen 1 (linke Zahl) und den Gefangenen 2 (rechte Zahl) darstellt. Unter Payoff wird die Auszahlung verstanden, ein Begriff, der zwar im Bereich von Strafen befremdlich wirken mag, im Umfeld von Entscheidungssituationen im Wettbewerb jedoch durchaus sinnvoll ist.

206 Vgl. zur Lösung des Gefangenendilemmas nachfolgend § 10 Ziff. 2.2.1.

langt mit der Folge, dass das Unternehmen mit dem höheren Preis alle Abnehmer verliert und keinen Gewinn macht, muss stets berücksichtigt werden. Unter der Bedingung, dass sich die Konkurrenten *nicht* über den höheren Preis absprechen können, werden beide wohl den tieferen Preis verlangen, um sich mindestens den tieferen Gewinnanteil zu sichern – und um gleichzeitig die Option auf den Gesamtgewinn zu haben für den Fall, dass der andere entgegen der obigen Annahme den höheren Preis verlangt. Die Entscheidung für den tieferen Preis stellt damit die beste Wahl unter Berücksichtigung der Reaktion des anderen Konkurrenten dar²⁰⁷. Es zeigt sich also, dass der Oligopolist die denkbaren Reaktionen des Gegenübers berücksichtigen bzw. seine Entscheidung in gewisser Weise diesem anpassen muss, will er nicht den Verlust an Marktanteilen riskieren.

Entscheidend für den soeben gezogenen Schluss ist, dass sich die Konkurrenten nicht absprechen können²⁰⁸. Das Beispiel zeigt aber auch auf, dass es für beide Wettbewerber vorteilhafter wäre, den höheren Preis zu verlangen. Diese Entscheidung wäre aber mit dem erwähnten erheblichen Risiko verbunden. Dieses Risiko könnte mit einer Abrede (in einem untechnischen Sinn, das heisst mit einer Koordination des Verhaltens²⁰⁹) minimiert oder eliminiert werden. Es wird sich im Verlauf dieser Arbeit daher die Frage stellen, ob der Informationsaustausch in diesem Kontext von Bedeutung ist. Wie sich noch zeigen wird, sind auf oligopolistischen Märkten verschiedene (Markt-)Ergebnisse denkbar und möglich. Diese können somit das Resultat sowohl von Abreden als auch von nicht koordiniertem Verhalten sein²¹⁰. In diesem Fall vom viel benannten Oligopolproblem zu sprechen scheint daher insofern zu undifferenziert, zumindest wenn »Problem« im eigentlich Wortsinn verstanden werden soll. Unter »Problem« ist vielmehr die Tatsache zu verstehen, dass das Oligopol eigenen Regeln unterworfen ist und sich nicht einfach in ein Schema pressen lässt.

c) Ausblick auf die Spieltheorie und Begriffserklärungen

Wie bereits erwähnt, ist das Gefangenendilemma vor allem im Zusammenhang mit der Spieltheorie zu erwähnen. Die Spieltheorie als »Instrument« der neueren Industrieökonomik wird insbesondere nachfolgend in § 10 behandelt. Sicherlich

207 Vgl. zu diesem Beispiel JUNGEMANN, Kollektive Markbeherrschung, S. 6 f.; es handelt sich um ein so genanntes Gleichgewicht. Vgl. zu diesem Begriff gleich nachfolgend lit. c.

208 In der Spieltheorie wird von nicht-kooperativen Spielen gesprochen, vgl. nachfolgend § 10 Ziff. 2.2.

209 JUNGEMANN, Kollektive Markbeherrschung, S. 8.

210 AMSTUTZ, Oligopol, S. 193; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 12, m.w.H.; JUNGEMANN, Kollektive Markbeherrschung, S. 10, m.w.H.

stellt die Spieltheorie einen der wichtigsten Zweige der Oligopoltheorie dar, doch war sie nicht deren Ausgangspunkt. Gleich nachfolgend sollen daher zuerst ökonomische Modelle aufgezeigt und erklärt werden, die auf ganz grundsätzliche Art den Wettbewerb auf oligopolistischen Märkten darzustellen versuchen.

Damit aber der Unterschied zwischen diesen Modellen und spieltheoretischen Überlegungen klar wird, erscheint es notwendig, bereits an dieser Stelle gewisse Begriffe zu erklären. Die Spieltheorie handelt, wie es der Name schon sagt, von Spielen bzw. von Spielsituationen (beispielsweise vom Gefangenendilemma). Es werden Annahmen getroffen, die Spieler vor Entscheidungssituationen gestellt und anschliessend untersucht, welche Entscheidungen sie treffen oder treffen werden. Dabei kann zwischen ein- und mehrphasigen Spielen unterschieden werden. In einem einphasigen Spiel treffen die Spieler nur eine Entscheidung. In mehrphasigen Spielen folgt auf die erste Entscheidung eine zweite, allerdings unter Berücksichtigung der ersten eigenen und der ersten Entscheidung des Konkurrenten. In diesem Sinne erhält das Spiel eine Geschichte, auf die der Spieler bei seinen Entscheidungen zurückgreifen kann. Ziel der Spieltheorie ist es Lösungen zu finden, die unter bestimmten Annahmen zu erwarten sind. Dabei muss in nicht-kooperativen Spielen (keine Möglichkeit der Absprache), welche hier im Vordergrund stehen, die Lösung des Spiels so aussehen, dass ein Abweichen davon nicht im (Eigen-)Interesse der Spieler sein kann, weshalb unter der Annahme rational und optimal handelnder Spieler das Ergebnis vorhersehbar und insofern stabil wird²¹¹.

Bereits der Zeitpunkt ihrer Veröffentlichung zeigt, dass die nachfolgend in § 9 vorgestellten ersten Modelle grundsätzlich keinen spieltheoretischen Ursprung haben. Dennoch aber können sie als einphasige Spiele aufgefasst werden und – so verstanden – auch so genannte Gleichgewichte aufzeigen²¹². Unter einem Gleichgewicht wird eine Entscheidung verstanden, die für beide (bzw. alle) Konkurrenten die beste Wahl unter Berücksichtigung der Reaktion des anderen darstellt. Das bekannteste Gleichgewichtskonzept ist das Nash-Gleichgewicht, benannt nach dem amerikanischen Mathematiker und Nobelpreisträger John Forbes Nash Jr. Ein Nash-Gleichgewicht liegt dann vor, wenn jeder Marktteilnehmer keinen Anreiz hat, von seinem (gewählten) Verhalten abzuweichen bzw. seine Strategie zu ändern, weil er bereits das unter den gegebenen Umständen er-

211 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 33, der in diesem Zusammenhang zudem zu Recht ausführt, dass gerade aufgrund der kartellrechtlichen Vorschriften, die eine Durchsetzbarkeit entsprechender expliziter Vereinbarungen verhindern, Kartelle (bzw. Wettbewerbsabreden) anhand der Prinzipien der nicht-kooperativen Spieltheorie zu untersuchen sind.

212 KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 29, die zudem darauf hinweisen, dass die Nash-Gleichgewichte dieser Modelle identisch mit deren herkömmlichen Lösungen sind.

zielbare Optimum erreicht²¹³. Im vollkommenen Wettbewerb liegt im Schnittpunkt von Angebot und Nachfrage ein solches Gleichgewicht. Im Oligopol aber kann das Gleichgewicht nicht ganz so einfach bestimmt werden, hängt das Optimum ja immer auch davon ab, wie die Konkurrenten entscheiden (Interdependenz). Diese Unsicherheit wird durch Wahrscheinlichkeitserwartungen insofern beseitigt, als dass gestützt darauf die beste Strategie unter Berücksichtigung der Entscheidungen der Konkurrenten festgelegt wird. Ein Gleichgewicht entsteht also, wenn alle Wettbewerber das gleiche Vorgehen wählen, mithin dann, wenn wechselseitig die besten Strategien gewählt werden und die Strategie des Konkurrenten als gegeben betrachtet wird²¹⁴. Dann nämlich besteht kein Anreiz, von seiner eigenen Entscheidung wieder abzukommen. Das Gleichgewicht ist stabil.

Diese Abläufe und Begriffe sind bei allen Modellen im Hinterkopf zu behalten. Vor allem auch im gleich folgenden Paragraphen erscheint es sinnvoll, die spieltheoretischen Überlegungen bereits zu kennen. Denn der Grund für die Behandlung statischer Modelle ist kein geringerer als der, dass sie – wenn sie als einphasige Spiele aufgefasst werden – eine Grundlage der Spieltheorie darstellen. Um mehrphasige Spiele begreifen zu können, muss zunächst daher geklärt sein, wie ein einphasiges Spiel funktioniert.

§ 9 Statische Modelle

1. Unterscheidung nach der Art des Wettbewerbs

1.1. Grundlage

Anhand des Gefangenendilemmas wurde aufgezeigt, dass das Resultat auf einem Markt wesentlich davon abhängt, ob die Gefangenen – bzw. auf den Markt angewandt: die Marktteilnehmer – die Möglichkeit zu kooperativem Verhalten haben oder nicht. Nachfolgend wird es also darum gehen, anhand verschiedener Modelle die Folgen der oligopolistischen Interdependenz zu untersuchen. In der Literatur wird dabei in der Regel zwischen statischen (»nichtkooperativen« [ohne die Möglichkeit zur Abrede]) und dynamischen (*auch* – aber nicht nur – »kooperativen« [mit Möglichkeit zur Abrede]) Modellen unterschieden²¹⁵.

213 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 25.

214 Zum Ganzen BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 26, m.w.H.

215 Vgl. KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. II ff. und S. 42 ff.; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 66 ff.; VIVES, Information Sharing among Firms, S. 1; STROUX, Oligopoly, S. 6 ff.; VIVES, Information Sharing: Economics and Antitrust, S. 2 ff.; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 32 f.; vgl. zu den kooperativen und nicht-kooperativen Spielen insbesondere nachfolgend § 10 Ziff. 2.2.

Die ersten Untersuchungen, die den Wettbewerb auf einem oligopolistischen Markt zu erklären versuchten, wurden anhand statischer Modelle gemacht (*»models of strategic interactions«*²¹⁶). Sie stellen bei jeder Arbeit über Oligopoltheorie den Ausgangspunkt dar²¹⁷. Statische Modelle beschreiben mögliche oligopolistische Marktergebnisse, die zustande kommen, wenn die Oligopolisten in völlig eigenständiger Weise ihr Verhalten unter Berücksichtigung der Reaktionsverbundenheit festlegen. Diese Modelle üben noch immer einen starken Einfluss aus und haben die Sichtweise auf Oligopole stark geprägt²¹⁸.

1.2. Das Cournot-Modell

Das erste hier zu behandelnde Modell wurde nach seinem geistigen Vater, dem französischen Mathematiker Antoine-Augustin Cournot, benannt und zeigt gleichzeitig, dass die ökonomischen Untersuchungen zum Wettbewerb kein Ergebnis der jüngeren Vergangenheit sind – Cournot beschäftigte sich mit Fragen von Reichtum und Wettbewerb bereits 1838²¹⁹. Zweifellos kann Cournots Werk als das bekannteste und (wohl bis heute) wichtigste Oligopolmodell bezeichnet werden²²⁰.

Zunächst hat sich Cournot im erwähnten Werk mit dem Monopol beschäftigt und sich alsdann der Oligopoltheorie zugewandt, indem er sein Monopol-Modell um einen Wettbewerber (bzw. mehrere [d.h. n-Wettbewerber]) ergänzte, wobei er insbesondere die Duopol-Situation²²¹ auf einem Markt für homogene Güter beschrieb²²². Wichtigstes Merkmal des Cournot-Modells ist, dass die Unternehmen über die Produktionsmengen konkurrenzieren²²³.

Das heisst, dass sie – im Modell – eine einzige Mengenentscheidung treffen, und zwar alle gleichzeitig, wobei die Produktionsmenge der übrigen Wettbe-

216 SHAPIRO, Oligopoly, S. 333.

217 SHAPIRO, Oligopoly, S. 333 ff.; WAGNER-VON PAPP, Marktinformativverfahren, S. 59.

218 STROUX, Oligopoly, S. 5; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 25.

219 Vgl. COURNOT ANTOINE-AUGUSTIN, Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des richesses, Paris 1838.

220 SHAPIRO, Oligopoly, S. 330 f.: *»[...] it remains today the benchmark model of Oligopoly«*; ebenso BESANKO/DRANOVE/SHANLEY/SCHAEFER, Economics of Strategy, S. 209.

221 Das Duopol kann als »einfachstes« Oligopol bezeichnet werden.

222 STROUX, Oligopoly, S. 6; vorausgesetzt wurde weiter auch, dass die Marktnachfragekurve bekannt war (linear) und die Unternehmen über identische Kosten verfügten; vgl. zu diesen Symmetrien AMSTUTZ, Oligopol, S. 199 und 202. Der Eintritt eines neuen Unternehmens ist im Cournot-Modell sodann nicht möglich, vgl. hierzu BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 26 f.

223 SHAPIRO, Oligopoly, S. 333.

werber als gegeben hingenommen wird und sich der Preis schliesslich aus der Gesamtheit dieser Entscheidungen ergibt²²⁴. Betrachtet man nun das bereits eingangs erwähnte Duopol, so zeigt sich, dass jedes Unternehmen in Betracht ziehen muss, wie es auf den Mengenentscheid des Konkurrenten reagieren soll. Die verschiedenen und sich an der Gewinnmaximierung orientierenden Mengenentscheidungen ergeben graphisch zwei Reaktionskurven²²⁵. Diese Kurven schneiden sich in einem Punkt, der als Cournot-(Nash-)Gleichgewicht bezeichnet wird²²⁶, wobei sich der Preis bei der Gleichgewichtsmenge letztlich irgendwo zwischen dem Preis bei vollkommenem Wettbewerb – also bei den Grenzkosten – und dem Monopolpreis bewegt²²⁷. Der Preis im Oligopol ist somit in der Regel höher als beim vollkommenen Wettbewerb (bzw. bei perfekter Konkurrenz), während die produzierte Menge höher als die Monopolmenge ist²²⁸. Die sich aus diesem Gleichgewicht bzw. Schnittpunkt ergebende Menge stellt also grundsätzlich die beste Reaktion auf die Mengenentscheidung des Konkurrenten dar, und zwar ohne dass je eine Koordination zwischen den Wettbewerbern erfolgt wäre²²⁹. Sie ist aber nur »vordergründig« die beste Entscheidung, denn sie ist nicht die pareto-optimale Lösung²³⁰. Würden sie nämlich gemeinsam nicht mehr als die Monopolmenge produzieren, was allerdings eine entsprechende Verständigung unter ihnen voraussetzen würde, so könnten sie den gemeinsamen Gewinn maximieren. Dies wird – im statischen Modell – allerdings nicht vor-

224 Vgl. zur gedanklichen Entwicklung bis zu diesem Punkt AMSTUTZ, Oligopol, S. 199; ebenso WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 59.

225 Individuelle Gewinnmaximierung kann folgendermassen erklärt werden: Unternehmen 1 geht davon aus, dass Unternehmen 2 die Hälfte der Sättigungsmenge produziert (die Hälfte zu produzieren bedeutet in etwa als Monopolist zu handeln – da der Monopolist nicht die Sättigungsmenge produziert – wobei davon auszugehen ist, dass Unternehmen 2 gerade versuchen würde, als Monopolist zu handeln). Hinsichtlich der Restmenge muss Unternehmen 1 daher entscheiden, welche Menge optimal ist, um den Gewinn zu maximieren. Dies wird weniger sein als die Hälfte der Sättigungsmenge. Da diese Überlegung nun aber von beiden Unternehmen gemacht wird, produzieren sie zusammen nicht die Sättigungsmenge, sondern je einen Drittel davon – insgesamt also zwei Drittel; vgl. zur konkreten Berechnung JUNGEMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 12 ff., aber auch BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 27.

226 Keines der Unternehmen hat einen Anreiz, davon abzuweichen, denn die eigene Produktionsmenge stellt die beste Antwort auf diejenige des Konkurrenten dar.

227 STROUX, Oligopoly, S. 6; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 59; SHAPIRO, Oligopoly, S. 334.

228 BSK KG-BÜHLER/HALBHEER, Vor Art. 1 N 48.

229 SHAPIRO, Oligopoly, S. 334; AMSTUTZ, Oligopol, S. 200 und 202: Das Cournotsche Modell zeigt jedoch nicht auf, durch welchen Prozess es in Wirklichkeit zu diesem Gleichgewicht kommt. Die feststehende Produktionsmenge des Konkurrenten – als möglicherweise unrealistische Annahme – wird vom Duopolisten lediglich unterstellt.

230 Unter einer pareto-superioren Lösung versteht man die Verbesserung der Stellung bzw. Situation mindestens eines Unternehmens (oder generell eines Mitglieds einer Gruppe oder Gemeinde), ohne dabei ein anderes schlechter zu stellen.

kommen, da jede Unternehmung einen Anreiz hat, von der Monopolmenge bzw. von der von ihr produzierten Hälfte abzuweichen²³¹. Zurückzuführen ist dieser Anreiz darauf, dass die Minderproduktion bei der Monopolmenge durch eines der beiden Unternehmen opportunistisch ausgenutzt werden könnte. Das opportunistisch handelnde Unternehmen könnte namentlich mehr als die Cournot-Menge produzieren. Der durch die Mehrproduktion und die darauf folgende Preissenkung verursachte Umsatzrückgang trifft vollends jene Unternehmung, welche an der Monopolmenge festhält bzw. sich für diese entschieden hat. Der Nutzen der Mengenumsatzsteigerung liegt ausschliesslich beim abweichenden Duopolisten (im Gegensatz zur Situation eines Monopolisten, der lediglich zwischen dem Sinken des Preises und der Umsatzsteigerung abzuwägen hat) und der Umsatzrückgang (als negative Externalität) bleibt im statischen Modell unberücksichtigt²³². Daraus folgt schliesslich, dass die (Vereinbarung der) Monopolmenge im Gegensatz zur Cournot-Menge kein Gleichgewicht darstellt, obwohl sie die pareto-superiore Lösung darstellen würde²³³.

1.3. Das Bertrand-Modell

Rund 50 Jahre nach Cournot kritisierte Joseph Bertrand, wie Cournot französischer Mathematiker, die von Letzterem entwickelte Theorie, da ihm die Festsetzung der Produktionsmenge an Stelle des Preises realitätsfremd schien²³⁴. Er hielt zudem fest, dass mit Cournots Modell nicht erklärt werde, wie die Preise zustande kämen²³⁵. Auch im Modell nach Bertrand haben beide Unternehmungen auf einem Markt für homogene Güter lediglich einmal – und zwar ebenfalls gleichzeitig – die Möglichkeit, eine Entscheidung zu treffen, wobei Bertrand den Preis als strategische Variable festsetzte²³⁶. Es wird angenommen, dass das Unternehmen 1 den von Unternehmen 2 festgesetzten Preis leicht unterbietet und

231 SHAPIRO, Oligopoly, S. 337.

232 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 62 f., der zudem darauf hinweist, dass eine Internalisierung dieses Effektes mit der Vereinbarung der Teilung des Mehrgewinns möglich wäre.

233 An dieser Erkenntnis ändert sich im Grundsatz nichts, wenn das Cournot-Modell auf zwei plus x Mitglieder ausgedehnt wird, vgl. JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 16 f.

234 BERTRAND JOSEPH, *Théorie mathématique de la richesse sociale* par Léon Walras. Recherches sur les principes mathématiques de la théorie des Richesses par Augustin Cournot, *Journal des Savants* 67 [vor 1816: »Journal des Sçavans«], S. 499–508, Paris 1883; vgl. hierzu STROUX, Oligopoly, S. 6; SHAPIRO, Oligopoly, S. 337; STIGLER, Oligopoly, S. 45 ff.

235 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 27 f.

236 Im Übrigen waren die restlichen Voraussetzungen hingegen gleich.

damit die ganze Nachfrage auf sich zieht, denn aufgrund der angenommenen Homogenität der Produkte wählen die Abnehmer ein Produkt nur noch gestützt auf den Preis. Wiederholt man nun diesen Vorgang mehrfach in die jeweils entgegen gesetzte Richtung, sprich Unternehmen 1 unterbietet nun leicht den Preis von Unternehmen 2 usw., so wird die Grenze dort erreicht, wo sich der Preis mit den Grenzkosten gleichsetzt²³⁷. Die Schlussfolgerung aus dem Modell ist, dass der Preis in einem oligopolistischen Markt ähnlich ist wie jener bei vollkommenem Wettbewerb und es sich bei der Preisfestsetzung auf der Höhe der Grenzkosten um ein Gleichgewicht, mithin um das Bertrand-Gleichgewicht handelt²³⁸. Alle darüber liegenden Preise stellen aufgrund des Anreizes zu unterbieten kein Gleichgewicht dar²³⁹.

Bertrands Modell ist vor allem aufgrund seiner Annahmen auf Kritik gestossen und es wird auch heute noch kritisiert²⁴⁰. Ins Feld geführt wird vor allem, die von Bertrand getroffenen Annahmen seien in der Realität nicht auffindbar, namentlich sei die Annahme von fehlenden Kapazitätsbeschränkungen realitätsfremd. Es dürfte daher kaum je vorkommen, dass ein Unternehmen fähig sei, die gesamte Nachfrage auf einmal zu bedienen²⁴¹. Als Folge davon wurden weitere Modelle entwickelt, die insbesondere hinsichtlich dieser Annahmen die genannten Schwächen abzumildern versuchten.

1.4. Edgeworth und Stackelberg

Zu erwähnen sind insbesondere die Modelle von FRANCIS Y. EDGEWORTH und HEINRICH FREIHERR VON STACKELBERG. Edgeworth bezog sich zwar auf Bertrand, beschrieb aber gerade eine Situation, in welcher dessen Modell nicht anwendbar ist. Dies ist dann der Fall, wenn entweder Kapazitätsengpässe bestehen, wodurch nicht der ganze Markt bedient werden *könnte*, oder wenn ein Unternehmen schlichtweg nicht den ganzen Markt bedienen *will*²⁴². Edgeworth führte aus, dass es für beide Duopolisten bei Vorliegen von Kapazitätsgrenzen profitabel sein könnte, den Preis leicht über die Grenzkosten zu erhöhen. Erhöht ein

237 Das Modell setzt weiter voraus, dass die Grenzkosten konstant bleiben und die beiden Unternehmungen gleich effizient sind sowie dass keine Kapazitätsschranken bestehen; vgl. hierzu und zum Modell SHAPIRO, Oligopoly, S. 344.

238 STROUX, Oligopoly, S. 6 f.

239 JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 11; vgl. auch AMSTUTZ, Oligopol, S. 200; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 28.

240 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 64.

241 Vgl. hierzu STROUX, Oligopoly, S. 7; SHAPIRO, Oligopoly, S. 349; JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 11.

242 AMSTUTZ, Oligopole, S. 200; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 64.

Duopolist ein- oder mehrere Male seine Preise, verliert er zwar einen Teil der Nachfrage an seinen Konkurrenten. Mit dem Erreichen der Kapazitätsgrenze des Letzteren aber wird es für jenen Duopolisten mit dem höheren Preis möglich, bezüglich der Residualnachfrage, also der restlichen, durch den anderen Wettbewerber aufgrund seiner Kapazitätsgrenze nicht befriedigten und damit auf dem Markt noch vorhandenen Nachfrage, Marktmacht auszuüben²⁴³. Das Ergebnis dieses Vorgangs ist, dass der Oligopolpreis nicht determiniert ist, sondern zwischen Preiserhöhungen und -senkungen bzw. -unterbietungen schwankt, was unter dem Begriff »*Edgeworth cycle*« bekannt ist²⁴⁴.

Stackelberg hingegen wählte insofern einen anderen Ansatz, als dass er davon ausging, dass eines der Unternehmen zuerst die Produktionsmenge wählt und die Übrigen nachziehen, wobei sie die vom »Anführer« gewählte Menge als gegeben hinnehmen. Damit wich Stackelberg von der gleichzeitigen Festsetzung der Mengen ab. Das Marktergebnis hängt nun davon ab, für welche Rolle sich die Unternehmen entscheiden. Von einem Stackelberg-Gleichgewicht spricht man dann, wenn sich eine Unternehmung dafür entscheidet, der Anführer zu sein und alle anderen dessen Entscheidungen folgen²⁴⁵. Der Preis ist zwar bei diesem Gleichgewicht immer noch suprakompetitiv, jedoch tiefer als beim Cournot-Equilibrium²⁴⁶. Entscheiden sich aber alle Wettbewerber, einem möglichen Anführer zu folgen, obschon keines der Unternehmen tatsächlich Anführer ist, dann resultiert ein Cournot-Gleichgewicht²⁴⁷. Entscheiden sich hingegen alle Wettbewerber bzw. beide Duopolisten für die Anführerschaft, dann ist das Resultat indeterminiert²⁴⁸.

1.5. Chamberlin

Die bisher besprochenen Modelle betreffen, wie gezeigt, so genannte *one-shot-games*²⁴⁹ und Märkte mit homogenen Gütern. EDWARD HASTINGS CHAMBERLIN

243 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 64. Die Bedienung der Residualnachfrage bzw. Ausübung von diesbezüglicher Marktmacht setzt natürlich voraus, dass die Nachfrage nicht vollkommen elastisch ist, das heisst, dass die Nachfrage bei steigenden Preisen zumindest zum Teil erhalten bleibt, und dass beide Wettbewerber etwas mehr als die Hälfte des Marktes bedienen könnten, vgl. hierzu auch SHAPIRO, Oligopoly, S. 345.

244 STROUX, Oligopoly, S. 7.

245 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 65.

246 AMSTUTZ, Oligopole, S. 200.

247 Vgl. vorstehend Ziff. 1.2.

248 STROUX, Oligopoly, S. 7.

249 Ein einphasiges Spiel, vgl. vorstehend § 8 Ziff. 3.3.4.c, aber auch nachstehend § 10 Ziff. 2.2.

befand, dass sowohl Cournot als auch Bertrand den Oligopolisten einen zu engen Horizont zusprechen würden. Insbesondere hätten sie nicht berücksichtigt, dass die Unternehmen die zwischen ihnen bestehende Interdependenz erkennen würden²⁵⁰. Von Bertrand und Cournot unberücksichtigt geblieben sei daher, dass Unternehmen in der Realität lernfähig seien bzw. Lerneffekte aufträten. Sieht im Cournot-Modell Unternehmen 2 ein, dass es sich über die durch Unternehmen 1 produzierte Menge getäuscht hat, wird es seine Erwartungen über das künftige Verhalten des Konkurrenten anpassen, wobei – in der Tendenz – ein stabiles monopolistisches Marktergebnis resultieren dürfte²⁵¹. Anzufügen bleibt, dass Chamberlin vor allem auf die Anzahl Marktteilnehmer abstützte, um das monopolistische Marktergebnis zu erklären, was später mehrfach kritisiert wurde²⁵².

Auch die Annahme homogener Produkte findet in der Wirklichkeit oft keine Bestätigung. Heterogenität der Produkte führt nun aber dazu, dass die Abnehmer bei Preiserhöhungen nicht unmittelbar zum Konkurrenten wechseln werden. Dies eröffnet einem Unternehmen einen gewissen Spielraum hinsichtlich der Preisfestsetzung, was die Interdependenz zwischen den Oligopolisten abschwächt und die Resultate, die insbesondere durch Bertrand hervorgebracht wurden, erheblich relativieren. Die Unternehmen verfügen daher über monopolähnliche Inseln, bei denen auch die Konkurrenten kaum einen Anreiz haben, ihr eigenes Verhalten anzupassen – dies führt zu Preisstarrheit, d.h. zu fehlendem intensivem Preiswettbewerb auf heterogenen Oligopolmärkten²⁵³.

2. Erkenntnisse aus den statischen Modellen

2.1. Zur Bewertung statischer Wettbewerbsmodelle

Zentraler Punkt bei der Bewertung statischer Modelle ist die Frage nach ihrer Anwendbarkeit in der Praxis. Dabei ist festzuhalten, dass es sich in der Theorie stets um idealisierte Konzepte statischen Wettbewerbs handelt. Hinzu kommt, dass kein Modell »richtiger« als das andere ist²⁵⁴. Weiter ist zu beachten, dass – wie gezeigt – je nach getroffenen Annahmen diametral gegensätzliche Resultate erzielt werden können, weshalb gestützt darauf die Frage berechtigt erscheint, ob im Oligopol überhaupt entsprechende Gleichgewichte entstehen bzw.

250 JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 19.

251 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 30 f.; vgl. ebenso COATE, Collusion, S. 148.

252 Vgl. die Hinweise bei JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 21.

253 Was wiederum ein Gleichgewicht darstellt. Vgl. zum Ganzen BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 31 f.

254 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 65.

vorgefunden werden können²⁵⁵. In der Realität ist es wohl auch so, dass kaum je mit letzter Sicherheit festgestellt werden kann, ob nun Preiswettbewerb oder Mengenwettbewerb herrscht, da immer sowohl Entscheidungen über den Preis als auch die Menge getroffen werden müssen. Aber selbst wenn feststehen würde, dass Mengenwettbewerb herrscht, so brächte die Zugrundelegung des Cournotschen Modells kaum einen Erkenntnisgewinn, denn es kann – wie bereits gezeigt wurde – keine Antwort auf die Frage liefern, wie die vorausgesagten Produktionsmengen konkret festgelegt werden²⁵⁶. Immerhin aber können die besagten Modelle als erster Orientierungspunkt dienen, bevor die konkreten Umstände des Einzelfalls abzuklären sind²⁵⁷.

Doch auch wenn die statischen Wettbewerbsmodelle als erste Erklärungsversuche oder Orientierungspunkte dienen, so muss doch festgehalten werden, dass die (empirische) Frage, welches Modell im konkreten Fall nun tatsächlich anwendbar ist, in der Literatur ungeklärt ist²⁵⁸. Dies führt dazu, dass die Aussagekraft statischer Wettbewerbsmodelle in der Realität wohl limitiert ist und sie für die Verwendung im Wettbewerbsrecht wenig geeignet sind. Dies scheint denn auch der Grund zu sein, weshalb die Europäische Kommission in der Fusionskontrolle auf die statischen Wettbewerbsmodelle verzichtet hat: Im *Entwurf* der Mitteilung der Kommission über die Kontrolle horizontaler Zusammenschlüsse gemäß der Fusionskontrollverordnung hält sie nämlich noch fest, dass »[e]in wesentlicher Teil der wettbewerblichen Analyse [...] die Ermittlung der wichtigsten Wettbewerbsmerkmale auf dem betroffenen Markt [ist]. Im Großen werden zwei Arten von Wettbewerb unterschieden. Zum einen kann Wettbewerb auf der Ebene der Angebotsmenge und der Kapazitäten stattfinden, wenn die Unternehmen zuerst ihre Produktion oder ihre Kapazitäten festlegen und dann die Preise der Nachfrage anpassen. In einigen Rohstoffindustrien werden die Preise beispielsweise durch die Angebotsmenge bestimmt. Im zweiten Fall, dem des Preiswettbewerbs, setzen die Unternehmen ihre Preise fest und passen die Produktionsmenge der Nachfrage an.«²⁵⁹ In der endgültigen Fassung bzw. in den Leitlinien zur Bewertung horizontaler Zusammenschlüsse sind diese Überlegungen, die sich offenbar noch auf die Modelle von Bertrand und Cournot stützen, jedoch nicht mehr zu finden²⁶⁰.

Es scheint sich die Ansicht durchgesetzt zu haben, dass oligopolistische Wettbewerbsprozesse um einiges komplexer sind, als sie mit Cournot und Bertrand

255 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 29 f.; zu den Gleichgewichten vgl. nachstehend § 10 Ziff. 2.2.1.

256 AMSTUTZ, Oligopole, S. 203.

257 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 65 f.

258 KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 38 f.

259 ABIEG vom 31.12.2002 (C 331/18), S. 19.

260 ABIEG vom 05.02.2004 (C31/5), S. 6 ff.

modelliert werden können²⁶¹. Denn die Wettbewerbsdynamik hat auch einen entsprechenden Einfluss auf die Strategie der Unternehmen, die sich wiederum auf die Interdependenz auswirkt²⁶². Im Nachgang zu den bereits erwähnten Erkenntnissen von Chamberlin, Edgeworth oder Stackelberg hat die ökonomische Theorie daher versucht, die im Wettbewerbsprozess vorhandenen dynamischen Komponenten in die Modelle mit einzubeziehen.

2.2. Der Weg hin zu dynamischen Wettbewerbsmodellen

2.2.1. Statischer vs. dynamischer Wettbewerb

Die Problematik der Modelle von Cournot bis Stackelberg liegt also darin, dass sie von einem statischen Wettbewerb ausgehen. Statisch sind diese Modelle deshalb, weil sie jeweils lediglich *eine* Entscheidung *pro* Unternehmen beinhalten – und diese, zumindest in den Cournot- und Bertrand-Modellen, gar gleichzeitig erfolgen – und damit die Reaktionen der Wettbewerber auf die eigene Entscheidung ausser Acht lassen. Insofern ist der Terminus »Reaktion«, wie er gerade beim Cournot-Modell verwendet wurde, eigentlich eine Fehlbezeichnung²⁶³.

In der Realität ist der Wettbewerb jedoch kein statischer, sondern ein dynamischer Prozess. Unternehmen setzen nicht lediglich einmal den Preis fest, um gleich anschliessend wieder vom Markt zu verschwinden. Vielmehr befinden sie sich über mehrere *Perioden*, um den spieltheoretischen Begriff zu verwenden, auf einem bestimmten Markt und treffen dort wiederholt aufeinander²⁶⁴. Besteht nun aber Wettbewerb in einem wiederholten Aufeinandertreffen der auf dem Markt agierenden Unternehmen, so müssen die Entscheide der Konkurrenten in Erwägung gezogen werden. Genau dies versuchen dynamische Modelle des Oligopols. Dynamik ist demnach so zu verstehen, dass keine isolierten Entscheidungssituationen bestehen, sondern die Entscheide der verschiedenen Unternehmen von einander beeinflusst werden.

261 Vgl. den Hinweis bei COATE, Collusion, S. 148.

262 So auch AMSTUTZ, Oligopole, S. 204.

263 SHAPIRO, Oligopoly, S. 352, m.w.H., hält deshalb fest: »The unfortunate use of the term »reaction curve« in the study of Cournot oligopoly has contributed to a persistent confusion about the proper interpretation of the basic Cournot equilibrium. The correct interpretation is that the Cournot equilibrium point, like any Nash equilibrium point in a game, is a self-enforcing or self confirming set of actions, from which no firm would want to deviate unilaterally«; vgl. auch BESANKO/DRANOVE/SHANLEY/SCHAEFER, Economics of Strategy, S. 251 f.

264 TIROLE, Industrieökonomik, S. 525 f.; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 66; SHAPIRO, Oligopoly, S. 352 ff., insbesondere S. 356.

2.2.2. Bowleys »Conjectural Variations«

Schon vor der Entwicklung der »neueren« Oligopoltheorie hat es Versuche gegeben, dynamische Aspekte in statische Modelle zu integrieren. Es sind dies die Modelle der geknickten Nachfragekurve und der konjekturalen Variationen. Der Vollständigkeit halber sei der Ansatz von ARTHUR LYON BOWLEY in seinem Werk »The Mathematical Groundwork of Economics« erwähnt, den er in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts entwickelte. Bowley konzentrierte sich auf die möglichen Reaktionen von Wettbewerbern bei der Festsetzung der Produktionsmengen und versuchte, diese Reaktionen bzw. die mutmasslichen Reaktionen einheitlich zu klassifizieren, indem er ihnen einen Wert gab (-1, 0 oder +1)²⁶⁵. Bowleys Anliegen war es demnach, gestützt auf die bereits bekannten Modelle als weiteren Aspekt die Reaktionen der Konkurrenten mit einzubeziehen. Bei den konjekturalen Variationen geht es mit anderen Worten darum, durch Variation der vermuteten Reaktion der Konkurrenten die eigenen Entscheidungen zu modellieren²⁶⁶.

2.2.3. Die geknickte Nachfragekurve

Einer der wichtigsten Versuche, dynamische Elemente in ein statisches Modell zu integrieren, unternahm jedoch PAUL M. SWEEZY im Jahre 1939 mit der Theorie der geknickten Nachfragekurve²⁶⁷, die einen Spezialfall der konjekturalen Theorien darstellt²⁶⁸. Er kritisierte die bisherigen Modelle und fokussierte seine Arbeit auf den Unternehmer. Er hielt fest, dass nicht die Frage, zu welchem Preis ein Gut verkauft werden könne, während alles andere gleich bleibe, den Unternehmer interessiere, sondern vielmehr, zu welchem Preis er ein Gut verkaufen könne *unter bestmöglicher Berücksichtigung der Reaktionen* seiner Konkurrenten. Denn der Unternehmer wisse, dass insbesondere der von den Wettbewerbern verlangte Preis je nach Entscheidung kaum gleich bleiben würde²⁶⁹. SWEEZY nahm daher an, dass jedes Unternehmen davon ausgehen würde, die Konkurrenten würden bei einer möglichen eigenen Preissenkung (nicht aber bei einer Erhö-

265 STROUX, Oligopoly, S. 8; TIROLE, Industrieökonomik, S. 536; vgl. auch SHAPIRO, Oligopoly, S. 353.

266 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 91.

267 Geknickt ist die Nachfragekurve deshalb, weil oberhalb eines bestimmten Preises von einer geringeren Steigung der Kurve ausgegangen wird als unterhalb.

268 SWEEZY, Oligopoly, S. 568 ff.; vgl. auch STIGLER, The Kinky Oligopoly Demand Curve, S. 432 ff.

269 SWEEZY, Oligopoly, S. 568 ff.

hung²⁷⁰) ebenfalls mitziehen, weshalb eine Senkung des Preises keinen Zuwachs an Marktanteilen mit sich bringen würde, mithin die Preissenkung eine Senkung des Umsatzes oder des Gewinnes erzeugen würde²⁷¹. Vollzieht nun aber der Konkurrent sämtliche Preissenkungen nach, so kann jeder beliebige Preis als so genannter fokaler Punkt bzw. als Gleichgewicht betrachtet werden, solange sich der Preis zwischen den Grenzkosten und dem Monopolpreis bewegt²⁷².

Gerade aufgrund der grossen Zahl von Gleichgewichtspunkten ist die geknickte Nachfragekurve vermehrter Kritik ausgesetzt²⁷³. Das grösste Problem der konjekturalen Theorien ist, dass zwar durchaus verschiedenes Verhalten der Oligopolisten modelliert werden kann, in der Folge jedoch nicht erklärt wird, wie der Gleichgewichtspunkt ausgewählt wird bzw. weshalb er eben gerade nicht ausgewählt wird. Diese Theorien können demnach nicht erklären, weshalb und unter welchen Bedingungen mit einer gewissen Reaktion bzw. mit der entsprechenden Entscheidung eines Oligopolisten gerechnet werden kann²⁷⁴.

3. Zusammenfassung

Statische Modelle sowie ihre Ergänzung mit dynamischen Aspekten haben sowohl das 19. als auch die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts entscheidend geprägt. Von Cournot bis Sweezy versuchten Ökonomen, mit den vorhandenen theoretischen Instrumenten insbesondere die Preisfestsetzung und im Generellen das Verhalten im Oligopol zu modellieren und danach zu beschreiben. Die vorhandenen Instrumente hatten jedoch alle einen entscheidenden Mangel: Der (eigentlich dynamische) Wettbewerb wurde statisch dargestellt, dabei ist er ja – wie an anderer Stelle bereits ausgeführt – gerade im Oligopol wesentlich durch die Abhängigkeiten der Oligopolisten untereinander geprägt, was zu einem komplexen und dynamischen Umfeld führt. Ein Modell, das sich lediglich mit der einseitigen Festsetzung von Preisen beschäftigt, geht im Hinblick auf die Realität deshalb fehl, weil diese Festsetzung vernünftigerweise kaum ohne Berücksichtigung der Reaktion der Konkurrenten und damit der Interdependenz zwischen

270 Dies ist dadurch erklärbar, dass die Preiserhöhung eines Konkurrenten den eigenen Marktanteil vergrössert, während bei einer Senkung ein Verlust an Kunden zu befürchten wäre, weshalb in diesem Fall eine Reaktion seitens des Unternehmens zu erfolgen hat.

271 SHAPIRO, Oligopoly, S. 353; SWEETZ, Oligopoly, S. 569; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 90 f.

272 TIROLE, Industrieökonomik, S. 534; SHAPIRO, Oligopoly, S. 353.

273 TIROLE, Industrieökonomik, S. 535; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 91 f.

274 TIROLE, Industrieökonomik, S. 535 f.; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 91 f.; STIGLER, The Kinky Oligopoly Demand Curve, S. 432 ff.

den Oligopolisten vollzogen werden kann. Auch die systembedingte Ausblendung von Absprachemöglichkeiten und damit der wettbewerbspolitisch bzw. wettbewerbsrechtlich wichtigsten Komponente führt dazu, dass diese Modelle in der Praxis wenig hilfreich sind und einen lediglich geringen empirischen Gehalt aufweisen²⁷⁵. Erst mit dem Aufkommen der neueren Industrieökonomik wurden Instrumente geschaffen, die den dynamischen Wettbewerbsprozess wirklichkeitsnaher erfassen können. Die unterdessen wichtigste Theorie, um oligopolistisches Verhalten, worunter beispielsweise Abstrafungen, Preiskriege und abgestimmtes Verhalten (nicht im *kartellrechtlichen* Sinn) zu verstehen sind, ist die Spieltheorie²⁷⁶.

§ 10 Dynamische Modelle

1. Vorbemerkungen

1.1. Kollusion: Begriff und Abgrenzung

1.1.1. Begriff im »rechtlichen Sinn«

Da, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, die so genannte *Kollusion* bzw. der Begriff der Kollusion in den dynamischen Modellen eine entscheidende Rolle spielt, gilt es nun, diesen Begriff genauer zu erklären²⁷⁷. Zu unterscheiden ist zunächst zwischen der Kollusion im rechtlichen und jener im ökonomischen Sinn. In rechtlicher Hinsicht ist der Begriff der Kollusion im kontinentaleuropäischen Straf- bzw. Strafprozessrecht zu finden, allerdings mit einem etwas anderen Sinn als in der Ökonomie. Unter Kollusion wird die Gefahr der Verdunkelung bzw. der Vereitelung der Untersuchung verstanden (vgl. beispielsweise § 58 Abs. 2 Ziff. 2 der zürcherischen StPO [OS 62, 429] oder Art. 221 Abs. 1 lit. b der neuen schweizerischen StPO [SR 312]), während Kollusion ganz generell in der juristischen Sprache auch als Absprache bzw. Verabredung mit betrügerischem Hin-

275 TIROLE, Industrieökonomik, S. 536; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 81; vgl. im Ergebnis auch AMSTUTZ, Oligopole, S. 204.

276 Vgl. zum Ganzen TIROLE, Industrieökonomik, S. 537; STROUX, Oligopoly, S. 10; SHAPIRO, Oligopoly, S. 356; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 91 f.; STIGLER, The Kinky Oligopoly Demand Curve, S. 447; KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 25.

277 Zur Begriffstheorie vgl. SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, S. 6 ff.

tergrund, allenfalls mit schädigender Absicht, verstanden werden kann²⁷⁸. Der Brockhaus wiederum erklärt »Kollusion« als unerlaubtes Zusammenwirken mehrerer Personen zum Nachteil eines Dritten.

Erstens zeigt sich somit, dass bei der Kollusion mehrere Personen involviert sind. Zweitens hat der Begriff einen gewissen »negativen Anstrich«. So scheint das Ergebnis der Kollusion, sei dies nun eine Vereitelung der Untersuchung oder die Schädigung eines Dritten, stets nachteilig zu sein. Im Übrigen aber ist der Begriff der Kollusion in schweizerischen Gesetzen, und damit auch im Kartellgesetz, nicht zu finden. Kollusion ist vor allem auch kein Rechtsbegriff im herkömmlichen Sinn, das heisst als Wort mit spezifisch rechtswissenschaftlichem Bedeutungsinhalt²⁷⁹, auch wenn der Brockhaus diesbezüglich auf eine (mögliche) rechtliche Bedeutung hinweist. Insofern kann festgehalten werden, dass Kollusion namentlich kein kartellrechtlicher Begriff ist. Wird er in wettbewerbsrechtlichen Diskussionen verwendet, so muss sich der Sprecher stets vor Augen halten, dass der Begriff der Ökonomie entlehnt ist. Es erscheint daher angezeigt, zunächst auf die Kollusion im ökonomischen Sinn einzugehen, bevor für die vorliegende Arbeit abschliessend festzustellen ist, wie der Begriff der Kollusion (kartell-)rechtlich zu verwenden ist.

1.1.2. Begriff im ökonomischen Sinn

Offenbar scheint der Begriff der Kollusion auch in der Ökonomie nicht einheitlich verwendet zu werden. Einigkeit besteht aber immerhin darin, dass die Bedeutung der Kollusion in der Ökonomie weit zu fassen ist²⁸⁰. Von Kollusion (engl. *Collusion*) wird bereits dann gesprochen, wenn zwei Akteure ein Verhalten wählen, das für sie – kollektiv – gewinnbringend ist, solange alle Akteure diesem Verhalten entsprechend handeln, nicht aber dann, wenn jeder Akteur sich für das für ihn individuell gewinnmaximierende Verhalten entscheidet²⁸¹. Unerheblich ist damit grundsätzlich, und dies ist entscheidend, ob die Wahl des ge-

278 Vgl. hierzu auch METZGER, juristisches Wörterbuch, S. 328: »das Zusammenspielen«, »geheime, betrügerische Verabredung«; im Strafrecht »Verschleierung oder Verdunkelung«, »insbesondere durch Absprachen der Angeschuldigten«.

279 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 18 f.; zum Rechtsbegriff im Allgemeinen vgl. SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb, S. 29 ff.

280 KÜHN, Fighting Collusion, S. 173; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 18.

281 HAUPT, Kollektive Marktbeherrschung, S. 28; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 35; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 18; KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 15.

meinsamen Verhaltens mit oder ohne Kommunikation erfolgt²⁸². Im ökonomischen Sinne ist demnach insbesondere nicht erforderlich, dass die Akteure einen Vertrag eingehen bzw. sich *abgestimmt* verhalten²⁸³.

Unterschieden wird zwischen expliziter und impliziter Kollusion. Von expliziter Kollusion wird gesprochen, wenn zwischen den Oligopolisten eine rechtlich erzwingbare, aber auch eine nichterzwingbare, Vereinbarung vorliegt. Diese Vereinbarung muss richtigerweise nicht nach aussen erkennbar sein, sondern kann auch verdeckt erfolgen²⁸⁴. Dies führt dazu, dass bei der expliziten Kollusion weiter zu untersuchen ist, ob diese *overt* oder *covert* erfolgt, also offen oder verdeckt. Im Ergebnis läuft dies auf eine Unterscheidung je nach Beweislage heraus. Unter impliziter Kollusion wird hingegen eine gegenseitige Verhaltenserwartung verstanden, ohne dass es diesfalls expliziter Verträge bedarf. Die Unternehmen verhalten sich ohne Einigung entsprechend aufgrund der Einsicht in die längerfristige Vorteilhaftigkeit. Daraus folgt, dass für implizite Kollusion daher weder eine Vereinbarung noch das Bewusstsein wettbewerbsbeschränkenden Verhaltens erforderlich ist²⁸⁵. Mehrheitlich wird deshalb die oligopolistische Interdependenz im Sinne einer Koordination durch den Markt als implizite Kollusion bezeichnet. In der Ökonomie fällt die Unterscheidung zwischen expliziter und impliziter Kollusion jedoch kaum ins Gewicht. Dies deshalb, weil sowohl die (direkte) Koordination unter den Oligopolisten als auch jene durch den Markt, das heisst die implizite Antizipation der Reaktion des Konkurrenten in dynamischen Interaktionen, die gleichen Folgen aufweisen können²⁸⁶. Aus diesem Grund ist denn auch einzig der Effekt des Verhaltens, nämlich die Wettbewerbsbeschränkung, und nicht das Verhalten als solches entscheidend²⁸⁷. Dies zeigt sich insbesondere darin, dass Kollusion auch als Zustand schlechthin begriffen werden kann. Kollusion beschreibt dann einen Marktzustand, in welchem

282 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 4; POSNER, Antitrust Law, S. 52 f.; JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 8 ff.; vgl. auch KÜHN, Fighting Collusion, S. 173; BSK KG-BÜHLER/HALBHEER, Vor Art. 1 N 108.

283 Vgl. dazu auch BSK KG-BÜHLER/HALBHEER, Vor Art. 1 N 107 ff.

284 JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 8 ff.; a.M. offenbar BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 18 f., wenn er anführt, dass das wettbewerbsbeschränkende Verhalten auf einer nach aussen *sichtbaren* Vereinbarung beruht; vgl. auch WHISH, Information Agreements, S. 22; HAUPT, Kollektive Marktbeherrschung, S. 28.

285 KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 15; JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 8 Fn 21.

286 JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 8 Fn 21.

287 KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 43; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 19; KANTZENBACH/ KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 15.

der Preis eines bestimmten Gutes beinahe dem Monopolpreis entspricht, obwohl (»lediglich«) eine oligopolistische Marktstruktur vorliegt²⁸⁸.

In der Oligopoltheorie ist die implizite Kollusion von grösserer Bedeutung, weil die explizite ein höheres Risiko birgt, entdeckt und kartellrechtlich verfolgt zu werden. Wichtigstes Beispiel für implizite Kollusion ist die Preisführerschaft, wobei zwischen der Preisführerschaft kraft Marktmacht, der barometrischen Preisführerschaft und der Preisführerschaft kraft Übereinkunft (in Märkten mit nur geringer Interdependenz) unterschieden wird²⁸⁹.

1.1.3. Kollusion im Rahmen dieser Arbeit

Bezüglich der expliziten Kollusion wurde soeben gezeigt, dass diese auf einer Vereinbarung zwischen den Oligopolisten beruht, sei diese nun offen oder verdeckt. Implizite Kollusion benötigt hingegen keine Vereinbarung zwischen den Beteiligten und doch erfolgt deren Verhalten auf eine bestimmte Weise abgestimmt. Die beiden Begriffe, nämlich »Vertrag« und »abgestimmte Verhaltensweise«, sind auch in den Kartellrechtsvorschriften zu finden. So gelten gemäss schweizerischem Kartellgesetz neben rechtlich erzwingbaren oder nicht erzwingbaren Vereinbarungen (bzw. Verträgen) auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen als Wettbewerbsabreden (Art. 4 Abs. 1 KG)²⁹⁰. Nicht unter die erwähnte Bestimmung fällt jedoch erlaubtes Parallelverhalten²⁹¹, das aber im ökonomischen Sinn ebenfalls als Kollusion bzw. kollusives Verhalten bezeichnet wird. Damit wird deutlich, dass Kollusion im ökonomischen und Kollusion im rechtlichen Sinn nicht deckungsgleich sind. Zwar dürfte jede »rechtliche Kollusion« auch kollusives Verhalten gemäss ökonomischer Terminologie darstellen, doch nicht jedes ökonomisch kollusive Verhalten ist auch kartellrechtlich relevant. Damit ist gleichzeitig festgestellt, dass insbesondere der Schluss auf abgestimmtes Verhalten im Sinne des Kartellgesetzes nicht bereits dann möglich ist, wenn eine ökonomische Untersuchung zum Schluss kommt, auf einem Markt sei unter Umständen kollusives Verhalten zu erwarten. Der Be-

288 FRIEDERISZICK/MAIER-RIGAUD, *The Role of Economics*, S. 179 ff.; MOTTA/COURTY/FABRA/FUMAGALLI, *Identical price categories*, S. 20 f.; vgl. zum Marktergebnis auch ATHEY/BAGWELL, *Optimal Collusion*, S. 429.

289 ATHEY/BAGWELL, *Optimal Collusion*, S. 429; vgl. zu den verschiedenen Arten der Preisführerschaft JUNGERMANN, *Kollektive Marktbeherrschung*, S. 9 f.

290 Ebenso Art. 101 Abs. 1 AEUV bzw. Art. 81 Abs. 1 EGV für das europäische Wettbewerbsrecht und ähnlich wohl auch Section 1 Sherman Act im Wettbewerbsrecht der USA; vgl. zu möglichen Differenzierungen allerdings WAGNER-VON PAPP, *Marktinformati-
onsverfahren*, S. 316 ff.

291 Vgl. ZÄCH, *Kartellrecht*, S. 178; WAGNER-VON PAPP, *Marktinformati-
onsverfahren*, S. 35.

griff der »Kollusion« ist demnach im rechtlichen Kontext eher problematisch und darf nicht vorbehaltlos verwendet werden. Wird oligopolistisches Verhalten rechtlich untersucht, ist es wohl besser, von – impliziter – Koordination (*tacit coordination*) zu sprechen, wenn damit ein kartellrechtlich relevanter Sachverhalt im Rahmen der kollektiven Marktbeherrschung ausgedrückt werden soll (mithin eine Verhaltensweise marktbeherrschender Unternehmen), während im Bereich der Abreden bzw. abgestimmten Verhaltensweisen mit weniger Zweifeln der Begriff der Kollusion verwendet werden kann²⁹².

Im Rahmen dieser Arbeit wird Kollusion bzw. kollusives Verhalten, sofern nicht zitiert wird, im ökonomischen Sinne verwendet, und die kartellrechtlichen Begriffe der Vereinbarung, der abgestimmten Verhaltensweise oder der Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen bleiben der rechtlichen Anwendung vorbehalten, um einem terminologischen Irrgarten vorzubeugen²⁹³. Wird ausnahmsweise allerdings der Begriff der Kollusion verwendet, so ist dieser im Sinne der erwähnten kartellrechtlichen Begriffe zu präzisieren, das heisst es ist festzustellen, ob die Koordination im Sinne einer Abrede oder einer abgestimmten Verhaltensweise erfolgt²⁹⁴.

1.2. Berücksichtigung der Kollusionsmöglichkeit

Bereits im Zusammenhang mit den »Schwachstellen« statischer Modelle des Wettbewerbs wurde gezeigt, dass als entscheidender Faktor, der die Anwendbarkeit dieser Modelle erheblich einschränkt, das Zusammenwirken der Oligopolisten berücksichtigt werden muss. Treffen die Konkurrenten auf einem bestimmten Markt nämlich mehrfach – oder in spieltheoretischer Terminologie ausgedrückt: in mehreren Perioden – aufeinander, so wird der Einbezug möglicher Reaktionen der anderen Wettbewerber in die eigene Entscheidung relevant und ein ökonomisches Modell muss die Möglichkeit der, um es vorsichtig auszudrücken, »Verhaltensanpassung« berücksichtigen²⁹⁵. Dynamische Modelle versuchen, gerade diesen Aspekt mit einzubeziehen.

292 WHISH, Competition Law, S. 547 f.; IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 4; vgl. zur Begriffsproblematik auch ZÄCH, Kartellrecht, S. 299 und 302.

293 Vgl. demgegenüber RPW 2003/1, S. 135 ff.

294 ZÄCH, Kartellrecht, S. 302.

295 Vgl. zur »Vorsicht« soeben vorstehend Ziff. 1.1.3; BESANKO/DRANOVE/SHANLEY/SCHAEFER, Economics of Strategy, S. 252.

2. Spieltheorie

2.1. actio et reactio

Als Einleitung für den Abschnitt über die Spieltheorie soll hier ein Zitat von JOHN MAURICE CLARK aus dem Jahre 1955 stehen, mit dem er die Anforderungen an ein Modell darlegt, welches die dynamischen Aspekte des Wettbewerbs berücksichtigt: »[...] the [dynamic] process [of competition] includes initiatory action by a firm, responses by those with whom it deals, and responses to these responses by rival firms, to which one should add the subsequent rejoinders of the initiators, plus any actions that may be taken on a basis of anticipation. (For example, a rival may react defensively, before his customers have time to switch to a competitor.) The moves and the responses may affect productive processes, products, selling efforts or prices, or various combinations. They may be aggressive, defensive, or counteroffensive. Fully dynamic theory needs to conceive these patterns as themselves subject to change, over longer periods of time.«

Und weiter führt Clark aus: »For dynamic theory, a key element is a time interval between moves and responses, or a time distribution of responses; and this time factor is typically essential to give firms an incentive to make competitive moves, by giving them a chance for a temporary gain before their moves are neutralized by the defensive or counteroffensive responses of rivals.«²⁹⁶

CLARK zeigt anschaulich auf, welche Aspekte in einem dynamischen Prozess Geltung erlangen müssen: Um grösstmögliche Realitätsnähe zu erhalten, müssten nebst allen möglichen Aktionen bzw. Reaktionen auch Reaktionen auf diese Reaktionen berücksichtigt werden. In Erwägung gezogen werden müssten so dann Verhaltensweisen, die mögliche Reaktionen zu antizipieren versuchen sowie insbesondere das *Zeitelement*. Dieses Element war für CLARK das wohl entscheidende Kriterium und mithin die klare Abgrenzung von den statischen Modellen. Noch in der Mitte des 20. Jahrhunderts entstand eine Theorie, welche die von CLARK genannten Punkte zu berücksichtigen versuchte; die Spieltheorie. Spieltheoretiker sehen das Marktgeschehen als ein Spiel, wobei die konkurrierenden Unternehmen die Spieler darstellen, die *rational* versuchen, ihren Profit zu steigern²⁹⁷.

Vergegenwärtigen wir uns aber zunächst noch einmal, worum es in dieser Arbeit eigentlich geht: Es soll untersucht werden, wie der Austausch von Informationen in wettbewerbs- bzw. kartellrechtlicher Hinsicht gewertet werden soll. Dabei wurde bereits ausgeführt, dass Informationen vor allem dort von Relevanz

²⁹⁶ Zum Ganzen CLARK, *Dynamic Aspects*, S. 457.

²⁹⁷ STROUX, *Oligopoly*, S. 10; AMSTUTZ, *Oligopol*, S. 204 f.

sind, wo strategische Entscheidungen (hinsichtlich Wettbewerbsparametern²⁹⁸) getroffen werden. Gegenstand der Spieltheorie ist nun gerade die Analyse von strategischen Entscheidungssituationen, wobei die Interdependenz zwischen den Wettbewerbern berücksichtigt wird und sich alle dieser Interdependenz auch tatsächlich bewusst sind²⁹⁹. HOLLER/ILLING betrachten die Spieltheorie mit Verweis auf die (herrschende) Lehre gar als »*die formale Sprache der ökonomischen Theorie* [...]«³⁰⁰. Dabei ist grundsätzlich zwischen nicht-kooperativen und kooperativen sowie zwischen statischen und dynamischen Spielen zu unterscheiden³⁰¹, wobei unter einem nicht-kooperativen Spiel eine Situation zu verstehen ist, in welcher es den Unternehmen nicht möglich ist, bindende und durchsetzbare Vereinbarungen abzuschließen. Sie können demnach ein verlangtes bzw. vereinbartes Verhalten der Wettbewerber nicht durchsetzen, was beispielsweise auf wettbewerbsrechtliche Verbote zurückzuführen ist³⁰².

2.2. Oligopolisten als Gefangene im Wettbewerb?

2.2.1. Die Erkenntnisse aus dem Gefangenendilemma

Das entscheidende Unterscheidungsmerkmal zwischen kooperativen und nicht-kooperativen Spielen ist, ob die Spieler die Möglichkeit haben, sich vor der Entscheidung miteinander abzusprechen. Es ist also danach zu fragen, inwiefern die Spieler ihre Entscheidungen koordinieren bzw. vereinbaren, mindestens aber sich auf das verlassen können, was die anderen Beteiligten kommuniziert haben³⁰³. Der Gefangene 1 wird im Gefangenendilemma bei seiner Entscheidung für das weitere Vorgehen die Unsicherheit hinsichtlich der Entscheidung des Gefangenen 2 berücksichtigen, wenn er sich mit Letzterem nicht absprechen kann,

298 Zu diesem Begriff vgl. nachfolgend § 16 Ziff. 3.2.2.a.

299 HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 1; HAUPT, Kollektive Marktbeherrschung, S. 34 ff.; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 92; STROUX, Oligopoly, S. 10.

300 HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 1. Zu beachten ist, dass die Spieltheorie nicht nur in Wettbewerbssituationen angewendet werden kann, sondern in irgendeiner strategischen Entscheidungssituation, beispielsweise bei Gesellschaftsspielen oder in militärischen Entscheidungssituationen, vgl. hierzu LUCE/RAIFFA, Games and Decisions, S. 6; KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 25 ff.

301 STROUX, Oligopoly, S. 10 f.; HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 54 ff.

302 KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 30, insb. Fn 56, m.w.V.; vgl. auch BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 33.

303 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 93; STROUX, Oligopoly, S. 13. Die Spieler in einem nicht-kooperativen Spiel können zwar durchaus kommunizieren, doch ist erforderlich, dass sie sich nicht auf das Kommunizierte verlassen können, ansonsten den Firmen die Möglichkeit der stillschweigenden Absprache offen stünde.

mithin ein nicht-kooperatives Spiel vorliegt³⁰⁴. Könnten sich die Gefangenen hingegen absprechen und gleichzeitig sicher sein, dass der andere auch wirklich hält, was er verspricht, so würden sich die Gefangenen auf »nicht gestehen« einigen, da dann für beide das »Beste« herausgeholt werden könnte. Ohne Absprache hingegen würden sie sich beide für ein Geständnis entscheiden, da in diesem Fall unabhängig der Entscheidung des anderen die Höchststrafe von 10 Jahren vermieden werden kann: Gesteht der andere nicht, so sind 3 Monate zu erwarten, ansonsten würde die Strafe jedoch 8 Jahre betragen³⁰⁵.

Besteht die Möglichkeit zu einer Entscheidung, welche unabhängig von jener des anderen Mitspielers besser ist als eine andere, so wird sie als *dominante Strategie* bezeichnet, was bedeutet, dass kein rational begründbarer Anlass besteht, davon abzuweichen³⁰⁶. Die Wahl des Geständnisses ist im Gefangenendilemma gar für beide Spieler die dominante Strategie, weil sie ungeachtet des Entscheids des anderen die vorzugswürdigste Konsequenz ergibt³⁰⁷, weshalb sie ein Gleichgewicht und damit die Lösung des Spiels darstellt³⁰⁸. Ausserhalb des Gefangenendilemmas sind aber auch Spiele denkbar, bei welchen die Interdependenz zwischen den Spielern dazu führt, dass es keine dominanten Strategien gibt, sondern die für den einen Mitspieler vorzugswürdigste Entscheidung von der Strategie des anderen Spielers abhängt³⁰⁹. In diesen Spielen wird deutlich, dass in strategischen Situationen das eigene Verhalten sehr stark von den Erwartungen über das Verhalten des anderen Spielers abhängt³¹⁰. Die Wahrscheinlichkeitseinschätzungen erfolgen selbstverständlich nicht willkürlich, sondern sind geprägt durch das gemeinsame Wissen darum, dass sich alle Spieler rational verhalten werden. Im Ergebnis werden sich daher die Erwartungen aller Spieler erfüllen, da wech-

304 HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 54 f.

305 Vgl. dazu vorstehend § 8 Ziff. 3.3.4.b.

306 AMSTUTZ, Oligopol, S. 206; HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 6; LUCE/RAIFFA, Games and Decisions, S. 96 ff.

307 Oder anders ausgedrückt: Sie verspricht unabhängig der Strategie des anderen immer die höhere Auszahlung; vgl. BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 36.

308 Unter Gleichgewicht versteht man also die Gesamtheit der dominanten Strategien bzw. die Lösung des Spiels, wobei – wie gezeigt – kein Spieler ein Eigeninteresse hat, davon abzuweichen; vgl. HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 54 f.; AMSTUTZ, Oligopol, S. 206; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 33.

309 HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 9.

310 Zu beachten ist, dass das Verhalten der Mitspieler nicht als gegeben bzw. fixiert betrachtet werden kann. Vielmehr wird es ebenfalls von den Erwartungen an das Verhalten aller Mitspieler geprägt, weshalb korrekterweise eher von der Einschätzung darüber gesprochen werden muss, welche Erwartungen die Mitspieler wiederum über das Verhalten aller Mitspieler bilden (Wahrscheinlichkeitserwartung). Etwas kompliziert ausgedrückt fragt sich ein Spieler deshalb: Welche Entscheidung soll ich treffen, wenn die anderen Mitspieler etwas tun in der Erwartung, dass ihre Konkurrenten sich für eine bestimmte Strategie entscheiden?

selseitig die jeweils vorzugswürdigste Entscheidung bestimmt wurde³¹¹. Oftmals bestehen aber mehrere Gleichgewichte (Nash-Gleichgewichte)³¹². In diesen Fällen fragt sich, für welches dieser Gleichgewichte sich ein Spieler entscheiden wird.

Das Problem der Wahl eines Gleichgewichts (Gleichgewichtsselektion) lässt sich nicht eindeutig lösen. Vielmehr sind verschiedene Ansätze denkbar³¹³. Zum einen könnte man annehmen, die Spieler würden immer jenes Gleichgewicht wählen, welches die höchste Auszahlung verspricht (Payoff-Dominanz), wobei allerdings unberücksichtigt bleibt, dass der andere Spieler eine abweichende Strategie wählen könnte. Zum anderen ist denkbar, dass sich ein Spieler im Bewusstsein über die Unsicherheit bezüglich der Strategie des Mitspielers für das Gleichgewicht mit dem kleinsten Risiko entscheidet (Risiko-Dominanz)³¹⁴. Neben den bereits genannten Ansätzen werden in der Lehre weitere besprochen, die an dieser Stelle nicht aufgeführt werden sollen bzw. der spieltheoretischen Literatur überlassen werden³¹⁵. Jedenfalls hat sich keiner dieser Ansätze in der Spieltheorie durchgesetzt³¹⁶.

2.2.2. Spieltheorie als Oligopoltheorie

Als Nächstes fragt sich, inwiefern die Spiel- mit der Oligopoltheorie verbunden werden kann. Wie bereits erwähnt, handelt es sich bei Entscheiden, welche Oligopolisten treffen müssen, oftmals um strategische Situationen, in welchen die anderen Oligopolisten durch ihr (mutmassliches) Verhalten Einfluss auf die eigene Entscheidung bzw. die eigene einen solchen auf die Entscheidungen der übrigen Oligopolisten haben können. Die Spieltheorie versucht nun, diese Interdependenz mit einzubeziehen³¹⁷.

Im Rahmen dieser Arbeit ist insbesondere relevant, ob aus spieltheoretischer Sicht in gewissen Situationen, welche nachfolgend noch zu bezeichnen sein werden, für die Oligopolisten die Möglichkeit zu kollusivem Verhalten entstehen kann, was eine Einschränkung, sei sie nun rechtlich zulässig oder nicht, des Wettbewerbs zur Folge haben könnte. Es steht damit die Frage im Zentrum, ob

311 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 34 f.

312 HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 9; Beispiele hierfür sind die Spiele »Hirschjagd« und »Kampf der Geschlechter«.

313 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 95.

314 HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 132 f.

315 Vgl. auch die Hinweise bei BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 39 ff.

316 Vgl. HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 132 ff., mit einer Darstellung der verschiedenen Ansätze.

317 POSNER, Antitrust Law, S. 59.

sich aus spieltheoretischen Erwägungen herleiten liesse, dass Unternehmen – zunächst einmal ohne miteinander zu kommunizieren – einen Anreiz zu kollusivem Verhalten haben bzw. ob in einer bestimmten Situation ein solches zu befürchten wäre. Dabei ist bereits jetzt anzumerken, dass hinsichtlich ausdrücklicher Absprachen (Verträge; explizite Kollusion) keine besonderen rechtlichen Probleme bestehen, werden diese doch vom Kartellrecht bereits erfasst. Problematischer wird es aber, wenn die Unternehmen einen ähnlichen Effekt wie bei einer expliziten Vereinbarung erreichen, ohne jedoch eine solche geschlossen zu haben.

2.2.3. Einphasige Spiele

Begreift man das Verhalten von Oligopolisten als einstufiges Spiel, das heisst mit lediglich einem Spielzug, dann kann die Entscheidungssituation tatsächlich mit jener im Gefangenendilemma verglichen werden. Ein Oligopolist stünde dann beispielsweise vor den beiden Möglichkeiten, entweder eine niedrigere (und damit kollusive, allenfalls abgesprochene) Menge zu produzieren und dadurch einen höheren Preis zu erzielen, sofern der andere Mitspieler dasselbe tut. Oder aber er könnte eine höhere Menge als die kollusive produzieren. Produziert er mehr, während sich der Mitspieler auf die geringere, kollusive Menge beschränkt, so profitiert er durch den Preisanstieg aufgrund der Minderproduktion des Konkurrenten unter Umständen gleich doppelt. Auch in diesem Spiel wäre es grundsätzlich für beide Oligopolisten das Beste, die kollusive Menge zu produzieren (die kollusive Menge entspricht der Wahlmöglichkeit »nicht gestehen« des Gefangenens). Da sich die beiden Spieler aber in einem nicht-kooperativen Spiel nicht absprechen können, um die Unsicherheit bezüglich der jeweiligen Entscheidung des anderen zu beseitigen, werden sie sich nicht für die kollusive Menge entscheiden, da die Produktion der höheren Menge unabhängig vom Verhalten des anderen die bessere Strategie darstellt. Denn derjenige, der an der kollusiven Menge festhält, wird weniger verkaufen können, wenn der andere mehr produziert. Gleichzeitig sinkt unter Umständen der Preis infolge des größeren Angebots. Die Auszahlung (»Gewinn«) bei der Variante »geringere Menge« ist demnach kleiner als bei der Variante »mehr produzieren«. Der »*cheat*« (engl. für Betrug, Beschiss, Schwindel; i.c. im Sinne einer Abweichung vom kollusiven Verhalten) ist damit in einem einstufigen, nicht-kooperativen Spiel stets die beste Lösung, weshalb gestützt darauf eigentlich festgehalten werden könnte, dass es unter Oligopolisten grundsätzlich nicht zu Kollusion kommen dürfte. Dass dies jedoch nicht der allgemeinen Erfahrung entspricht, versteht sich von selbst. Das Problem liegt dabei in der Konzeption des Modells. Entscheidungssituationen von Oligopolisten können in der Regel nicht als einphasige Spiele dargestellt werden, da sie auf einem bestimmten Markt mehrfach auf einander treffen

und damit ihre Handlungen von Informationen abhängig machen können, die sie in der Vergangenheit erhalten haben³¹⁸. Die strategische Entscheidungssituation im Oligopol ist deshalb eher als dynamisches bzw. wiederholtes Spiel zu betrachten.

2.2.4. Wiederholte Spiele

a) Darstellbarkeit wiederholter Spiele

Die erwähnten dynamischen Entscheidungssituationen lassen sich am einfachsten mit Hilfe eines Spielbaums analysieren³¹⁹. Eine mehrphasige Entscheidungssituation bzw. ein mehrphasiges Spiel zeichnet sich gerade dadurch aus, dass in verschiedenen Perioden Entscheidungen getroffen werden müssen. Ein Gesamtspiel lässt sich deshalb häufig in verschiedene Teilspiele (sogenannte *Subgames*) gliedern, womit – unter Berücksichtigung beispielsweise zweier Entscheidvarianten – eine Verästelung wie bei einem Baumdiagramm entsteht. Das Spiel beginnt demnach bei einem bestimmten Punkt X, wo die Spieler die Wahl zwischen den Varianten A und B haben. Wählt ein Spieler A, so bieten sich ihm in der zweiten Periode die Alternativen C und D, wählt er hingegen B, so kann er sich für E und F entscheiden usw. Die Grösse des Baums bzw. die Art der Verästelung richtet sich demnach nach der Anzahl der zur Verfügung stehenden Alternativen sowie nach der Anzahl Spielrunden bzw. Perioden. Jeder Wahl wird sodann ein Betrag (Pay-off) zugeordnet, wobei angenommen wird, dass den Spielern nicht nur sämtliche Payoffs aller Spielrunden bekannt sind, sondern jene ganz generell über vollständige Information verfügen. Dies führt zum entscheidenden Punkt, dass den Spielern jeweils sämtliche Informationen der vergangenen Spielzüge bekannt sind und sie sich danach, bzw. nach dem offenbarten Verhalten der Mitspieler, ausrichten können³²⁰.

318 AMSTUTZ, Oligopol, S. 206 ff.; HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 109; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 96 ff.; STROUX, Oligopoly, S. 13; FUDENBERG/TIROLE, Noncooperative Game Theory, S. 276; BAIRD/GERTNER/PICKER, Game Theory and the Law, S. 50 ff.

319 Beispiele solcher Spielbäume finden sich bei WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 99, und auch bei HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 109, sowie bei BAIRD/GERTNER/PICKER, Game Theory and the Law, S. 52 ff.

320 Vgl. hierzu FUDENBERG/TIROLE, Noncooperative Game Theory, S. 276; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 98, insbesondere Fn 271; HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 109.

b) Endlich oft wiederholtes Spiel

Nachdem die Betrachtung von einphasigen Spielen ergeben hat, dass ein *cheat* stets die bessere Lösung ist, fragt sich, ob sich dies bei wiederholten – aber immerhin endlichen – Spielen ändert. Dies ist jedoch nicht der Fall, was sich aus der so genannten *Rückwärtsinduktion* ergibt³²¹. Da die Anzahl Spielrunden sowie die entsprechenden Payoffs bekannt sind, ist es möglich, einen Rückschluss vom letzten Zug auf den vorletzten zu machen usw. Im letzten Spielzug ist es für den zweiten (von zwei) Spielern immer besser, einen *cheat* zu begehen. In diesem Fall kann er, wie bereits gezeigt, unter Umständen doppelt von der Preissteigerung profitieren, und hat gleichzeitig, da es der letzte Spielzug ist, keine entsprechende Reaktion des ersten Spielers zu befürchten³²². Dies wiederum führt dazu, dass es für den ersten Spieler im zweitletzten Zug günstiger ist, ebenfalls einen *cheat* zu begehen. Machen sich die Spieler diese Überlegungen für alle Perioden bzw. Teilspiele, führt dies letztlich dazu, dass es für den ersten Spieler in seinem ersten Zug günstiger ist, nicht an einer kollusiven Menge festzuhalten, sondern einen *cheat* zu begehen³²³. Kooperation bzw. kollusives Verhalten ist in endlich oft wiederholten Spielen demnach nicht rational und damit auch kein teilspielperfektes Gleichgewicht³²⁴. Das Spielergebnis unterscheidet sich damit von wenigen Ausnahmen abgesehen nicht von einphasigen Spielen bzw. von den herkömmlichen Modellen. Dies kann aber, wie bereits erwähnt, immer nur dann der Fall sein, wenn allen Spielern die Anzahl Spielrunden bekannt ist. In der Realität und damit im tatsächlichen Wettbewerb ist dies jedoch oft nicht der Fall³²⁵, weshalb nachfolgend unendlich oft wiederholte Spiele, so genannte Superspiele³²⁶, zu untersuchen sind.

321 STROUX, Oligopoly, S. 13.

322 In diesem Sinne kann der letzte Spielzug wiederum als einphasiges Spiel begriffen werden, mit bekanntem Ergebnis; vgl. dazu vorstehend Ziff. 2.2.3.

323 Zum Ganzen vgl. WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 100.

324 AMSTUTZ, Oligopol, S. 206; KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 31. Unter einem Teilspiel versteht man eine frühere Periode. Während das Nash-Gleichgewicht lediglich verlangt, dass die Spieler keinen Anreiz haben, von ihrer Gleichgewichtsstrategie abzuweichen, ist unter dem Titel Teilspielperfektheit erforderlich, dass es für keinen Spieler optimal ist, bei irgendeinem Teilspiel von seiner Strategie abzuweichen.

325 Vgl. STROUX, Oligopoly, S. 13; SHAPIRO, Oligopoly, S. 361 ff.; a.M. offenbar KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 32.

326 HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 135.

c) Supergames

Oftmals wird das »Markt-Spiel« endlos gespielt, wobei es entweder tatsächlich endlos dauert oder den Marktteilnehmern, insbesondere den Wettbewerbern, zumindest die Anzahl Spielrunden nicht bekannt ist. Es fehlt deshalb an einem Endpunkt, an welchem die Rückwärtsinduktion ansetzen kann³²⁷. Es kann damit nicht mehr gefragt werden, welche Strategie in der letzten Spielrunde die beste ist, sondern ob die Strategie des einen Spielers langfristig die optimale Reaktion auf diejenige des anderen ist. Da in späteren Perioden stets mit Vergeltung bzw. Bestrafung des eigenen *cheats* durch die Mitspieler zu rechnen ist, kann langfristige »Kooperation« in Superspielen durchaus ein stabiles Gleichgewicht darstellen. Kollusive Preisfestsetzung zwischen den Oligopolisten wird grundsätzlich möglich³²⁸.

Superspiele werden über die Isolation von teilspielperfekten Gleichgewichten gelöst³²⁹. Dabei bestehen mehrere Strategien, um ein teilspielperfektes Gleichgewicht zu erzielen. Zum einen kann die so genannte »Trigger«-Strategie³³⁰ zu langfristiger Kollusion als teilspielperfektem Gleichgewicht führen: Entscheiden sich beide Wettbewerber dafür, sofort und dauerhaft zum niedrigeren Preis anzubieten, sobald der jeweils andere vom kollusiven abweicht, und wissen sie über die Strategie des anderen Bescheid, so werden beide nicht vom kollusiven Preis abweichen, was ein teilspielperfektes Gleichgewicht darstellt³³¹. Die kooperative Lösung wird damit durch die Vergeltungsstrategie (die Vergeltung besteht im »Preiskrieg« und damit in der kontinuierlichen Reduktion der Margen) attraktiv gemacht³³². Zum anderen kann ein weiteres solches Gleichgewicht mit der »tit for tat«-Strategie erreicht werden, die sich von der Trigger-Strategie dadurch unterscheidet, dass ein Zurückkommen zur kollusiven Menge bzw. zum kollusiven Preis ermöglicht wird³³³. Wichtigster Punkt dabei ist, dass sich die Wettbewerber in der ersten Runde kooperativ verhalten, in den folgenden Runden jedoch das Verhalten des Konkurrenten kopieren. Im Ergebnis minimieren sich die Konse-

327 WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren, S. 100.

328 TIROLE, Industrieökonomik, S. 555; SHAPIRO, Oligopoly, S. 361 ff.; WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren, S. 101; JUNGGERMANN, Kollektive Marktherrschung, S. 21 ff.

329 Von Teilspielperfektheit spricht man dann, wenn die gewählte Strategie ein Gleichgewicht in jedem Teilspiel darstellt, vgl. FUDENBERG/TIROLE, Noncooperative Game Theory, S. 276 ff.; WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren, S. 98, Fn 271; BAIRD/GERTNER/PICKER, Game Theory and the Law, S. 63 ff.

330 Vgl. nachfolgend § 11 Ziff. 3.2.1.

331 TIROLE, Industrieökonomik, S. 539; WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren, S. 101.

332 HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 138 f.

333 WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren, S. 101.

quenzen eines abweichenden Verhaltens, da dieses sogleich nachvollzogen und die Möglichkeit der Rückkehr zum kollusiven Verhalten erleichtert wird³³⁴.

3. Spieltheorie und Kollusion

3.1. Vorbemerkung

Soeben wurde gezeigt, dass in einstufigen Spielen für Unternehmen kaum ein Anreiz zu kollusivem Verhalten besteht, da sie mit einem Abweichen vom kollusiv möglichen Preis (bzw. von der hierfür zu produzierenden Menge) einen höheren Gewinn erzielen können und sie gleichzeitig keine Vergeltungsmassnahmen seitens eines anderen Oligopolisten zu befürchten haben. Dies ändert sich selbst dann nicht, wenn das Spiel (endlich oft) wiederholt wird und die Unternehmen über die bisherigen Spielzüge der anderen Oligopolisten informiert sind. Auch in diesem Fall ist kein kollusives Verhalten zu befürchten, da den Spielern der Zeitpunkt des letzten Spielzuges bzw. Teilspiels bekannt ist. Aufgrund dieser Tatsache wird es grundsätzlich besser sein, in jedem Teilspiel von der kollusiven Menge abzuweichen, da das Unternehmen, welches den letzten Spielzug hat, dies spätestens dann auch tun wird. Anders verhält sich die Situation jedoch, wenn das Spiel unendlich oft wiederholt wird oder wenn den Spielern die Anzahl Spielzüge nicht bekannt ist, was am ehesten mit der Wirklichkeit übereinstimmen dürfte. Dann wird es möglich, dass die Produktion der kollusiven Menge bzw. die kollusive Preisfestsetzung die bestmögliche Entscheidung in jedem Teilspiel ist und damit ein Gleichgewicht darstellt. Aus spieltheoretischer Sicht ist demnach grundsätzlich denkbar, dass sich Unternehmen in gewissen Situationen, ohne dass sie miteinander kommunizieren, kollusiv verhalten³³⁵.

Bislang wurde stets davon geschrieben, dass in bestimmten Situationen mit kollusivem Verhalten zu rechnen ist. Als Nächstes fragt sich deshalb, welches die Faktoren sind, anhand derer diese Situationen konkretisiert werden können. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass es im Folgenden stets um die kollusive Festsetzung des Preises geht. Zwar ist durchaus denkbar, dass Kollusion in anderen Bereichen auftritt, so zum Beispiel bezüglich der produzierten Menge (mithin bei Mengenwettbewerb), bei Auktionen oder im Bereich der Forschung und Entwicklung. Allerdings sind die Unterschiede im Ergebnis unwesentlich, wes-

334 JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 23 f.

335 Man spricht bei einer solchen Entscheidungssituation auch von der Antinomie zwischen kollektiver und individueller Rationalität; vgl. KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 26.

halb nachfolgende Überlegungen auch auf Fälle von Kollusion in anderen Bereichen als dem des Preises übertragen werden können.³³⁶

3.2. Mathematische Grundlage der Kollusionsfaktoren

3.2.1. Voraussetzungen für die Aufrechterhaltung von Kollusion

a) Allgemeines

Bis anhin wurde stets betont, dass im Rahmen der Spieltheorie von rational handelnden Unternehmen auszugehen ist. Rational handeln bedeutet auch den eigenen Gewinn zu maximieren. Die Frage der Gewinnmaximierung stellt sich nun auch in der Entscheidungssituation, in welcher sich ein Unternehmen dafür entscheiden muss, den eigenen Preis demjenigen des Konkurrenten »anzupassen« bzw. Letzteren nicht zu unterbieten. Damit rückt der Problemkreis ins Zentrum, unter welchen Voraussetzungen es wahrscheinlich und möglich wird, dass Unternehmen den gleich hohen Preis verlangen, mithin den Preis über das Wettbewerbsniveau setzen, ohne dass sie miteinander kommunizieren. Sie kooperieren somit in gewissem Sinne miteinander, ohne untereinander verbindliche Verträge abzuschliessen³³⁷. Es geht demnach um die folgenden Fragestellungen:

- *Agieren Unternehmen wiederholt auf einem bestimmten Markt?*
- *Wie gewichten diese Unternehmen ihre zukünftigen Gewinne?*
- *Inwiefern sind bei einem cheat, das heisst bei einem Unterbieten des (gemeinsamen) höheren Preises³³⁸, Vergeltungsmassnahmen seitens der Konkurrenten zu befürchten?*

Oder anders ausgedrückt: Wie gewichten Unternehmen kurzfristige Gewinne durch die Preisunterbietung gegenüber langfristigen Einbussen aufgrund des nachfolgenden Preiskrieges? Die Fragestellung impliziert in diesem Kontext, dass sowohl der Verzicht auf kurzfristige und damit die langfristige Maximierung der Gewinne als auch der Entscheid zur Unterbietung des Preises individuell rational sein können³³⁹. Nachfolgend ist deshalb zu untersuchen, unter wel-

336 Zum Ganzen IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 58 ff.

337 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 38.

338 HAUPT, Kollektive Marktbeherrschung, S. 21, spricht auch von einer »versteckten Produktionsausweitung«.

339 KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 29 f.; vgl. zudem zur Ausgangslage bei Kapazitätsengpässen auch COMPTE/JENNY/REY, Capacity Constraints, S. 2. Dort stellt sich nämlich das grundsätzliche Problem, dass nicht nur der

chen Voraussetzungen kollusives Verhalten nicht am *cheat* eines Konkurrenten scheitert. Wie bereits erwähnt, ist es gerade aufgrund gesetzlicher Vorgaben nicht möglich, dieses kollusive Verhalten extern zu kontrollieren, beispielsweise durch ein Gericht. Als Voraussetzungen fallen demnach endogene Anreize in Betracht, wobei die bloße Tatsache der Wiederholung der Spiele nicht ausreichend ist³⁴⁰. Entscheidend ist für ein Unternehmen vielmehr, ob es nach einem *cheat* von den Konkurrenten bestraft werden kann, mithin ob Vergeltungsmassnahmen drohen³⁴¹.

b) Der Mechanismus von Vergeltungsmassnahmen

Wenn ein Unternehmen vor der Wahl steht, entweder an einem kollusiven Verhalten festzuhalten oder davon abzuweichen, was, wie bereits erwähnt wurde, als »*cheat*« bezeichnet wird, so stellt sich die Frage, an welche Bedingungen es diesen Entscheid knüpft. Ein wesentlicher Punkt ist, ob das Abweichen bzw. der *cheat* Konsequenzen in Form einer unerwünschten Reaktion des oder der Konkurrenten hätte, was aufgrund der oligopolistischen Interdependenz ja stets in Betracht zu ziehen ist. Diese unerwünschte Reaktion des Konkurrenten wird als Vergeltung bzw. Vergeltungsmassnahme bezeichnet, wobei die einfachste Form der Vergeltung durch den Konkurrenten die Rückkehr zum »normalen« Wettbewerb darstellt³⁴². Mit der Rückkehr zu normalem Wettbewerb verbunden ist auch die Rückkehr zu »normalen« Gewinnen³⁴³. Ob eine Vergeltungsmassnahme abschreckend und damit kollusionsfördernd wirken kann oder nicht, hängt von zwei Faktoren ab. Zunächst muss der Gewinnrückgang für die abweichende Unternehmung genügend hoch sein³⁴⁴ und die Weiterführung bzw. die Durchsetzung der Vergeltung muss im Interesse der beteiligten Unternehmen liegen, sobald eine Abweichung erfolgt ist. Eine wirksame Vergeltung muss daher zu einer Situation führen, die nicht im kurzzeitigen Interesse der beteiligten Firmen ist, sondern die Entscheidungen der Unternehmen insoweit beeinflusst, als dass auf lange Sicht das Festhalten am kollusiven Verhalten die beste Lösung und damit

kurzfristige Gewinn kleiner ausfällt, da das abweichende Unternehmen gar nicht die Kapazitäten hat, um die gesamte Nachfrage zu bedienen, sondern ebenso die Auswirkungen eines Preiskriegs entsprechend geringer ausfallen, da auch das vergeltende Unternehmen vor diesen Kapazitätsproblemen steht.

340 KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 30.

341 Hier spielt selbstverständlich die Wiederholung des Spiels dennoch wieder eine Rolle, sind Vergeltungsmassnahmen doch erst dann zu befürchten, wenn eine Reaktion des Konkurrenten überhaupt möglich ist, was mindestens eine zweite Spielrunde verlangt.

342 STIGLER, Oligopoly, S. 46.

343 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 5 f.

344 Vgl. hierzu die Hinweise bei KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 46.

ein Gleichgewicht darstellt³⁴⁵. Um schliesslich auf die Frage endogener Anreize zurückzukommen: Bauen die Konkurrenten eine genügend starke »Drohkulisse« auf, so können sie in der Lage sein, »Vereinbarungen« bzw. »Kooperation« durchzusetzen, ohne über eine exogene Überwachungsinstanz zu verfügen, was selbstredend von wettbewerbspolitischer Relevanz ist³⁴⁶.

c) Der Diskontfaktor

Soeben wurde gezeigt, dass die Vergeltungsmassnahmen unter anderem dazu führen können, dass Unternehmen nur noch einen tieferen Gewinn erzielen können. In der entsprechenden Entscheidungssituation hat demnach ein Unternehmen sein kurzfristiges Interesse an einem hohen Gewinn, der daraus resultiert, dass es beispielsweise mit einem tieferen Preis als die Konkurrenten die gesamte Nachfrage auf sich ziehen kann, dem langfristigen Gewinnpotenzial bei kollusivem Verhalten gegenüberzustellen³⁴⁷. Aufgrund dieses Zeit-Gewinn-Elements hängt die Möglichkeit der Aufrechterhaltung kollusiven Verhaltens demnach insbesondere davon ab, wie die Unternehmen zukünftige Gewinne gewichten (ATHEY/BAGWELL sprechen in diesem Zusammenhang auch von »Geduld«³⁴⁸), weshalb – um zur Spieltheorie zurückzukehren – die Auszahlungen in späteren Perioden zu diskontieren sind³⁴⁹. Die Gewichtung zukünftiger Gewinne bzw. Auszahlungen kann von Unternehmen zu Unternehmen unterschiedlich sein und wird mittels des so genannten Diskontfaktors (δ) dargestellt. Gewichtet ein Unternehmen die Maximierung zukünftiger Gewinne höher als die kurzfristige Gewinnsteigerung aufgrund einer Abweichung vom kollusiven Verhalten, so wird es die Gewinne zukünftiger Perioden weniger stark diskontieren³⁵⁰. Zusammenfassend lässt sich demnach festhalten, dass Kollusion u.a. dann aufrecht erhalten werden kann, wenn die am kollusiven Verhalten beteiligten Unternehmen zukünftige

345 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 6.

346 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 38; KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 36.

347 KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 32.

348 ATHEY/BAGWELL, Optimal Collusion, S. 429.

349 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 103; IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 7. Die Diskontierung ist eigentlich eine Rechenoperation aus der Finanzmathematik. Sie bedeutet, dass der Wert einer zukünftigen Zahlung für einen Zeitpunkt, der vor demjenigen der Zahlung liegt, berechnet wird. Mit anderen Worten wird der gegenwärtige Wert einer zukünftigen (Aus-) Zahlung ermittelt.

350 KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 45 f.

Gewinne genügend stark gewichten. Dies ist dann der Fall, wenn ihr Diskontfaktor nicht zu klein ist³⁵¹.

Beachtet werden muss, dass Unternehmen vor allem dann, wenn sie die zukünftigen Gewinne nur gering diskontieren, in den Bereich der monopolistischen Preisbildung als Gleichgewicht kommen können. Denkbar sind aber auch ein »tieferes« Gleichgewicht bzw. ein Gleichgewicht, bei welchem der von den Unternehmen verlangte Preis tiefer als der Monopolpreis ist. Dies führt beispielsweise dazu, dass grundsätzlich jeder Preis zwischen statischem Wettbewerbspreis und dem Monopolpreis ein Gleichgewicht darstellen kann (Folk Theorem[e])³⁵². Dieses Ergebnis scheint zwar unbefriedigend, doch dürfte sich auch dieses »Problem« schliesslich auf die Möglichkeit von Vergeltungsmassnahmen reduzieren zu lassen. Je einschneidender die drohenden Vergeltungsmassnahmen sind, desto höher wird das kollusive Preisniveau sein³⁵³.

3.2.2. »Grundformel«

Dem »Grundmodell«³⁵⁴ liegen die Annahmen zugrunde, dass zwei Firmen homogene Güter produzieren und dabei die gleichen variablen Kosten haben³⁵⁵. Bei »normalem« Wettbewerb würden diese beiden Unternehmen – wie bereits an anderer Stelle ausgeführt³⁵⁶ – ihren Preis (p) auf der Höhe ihrer Kosten (c) festsetzen ($p = c$). Mit kollusivem Verhalten, was in der Formel mit einem höhergestellten » c « vermerkt wird, ist es den Unternehmen jedoch beispielsweise möglich, einen höheren Preis zu verlangen, indem sie sich stillschweigend auf eine geringere zu produzierende Menge »einigen«, woraus sich $p^c > c$ ergibt. Bei einer Nachfrage D , wobei der Profit mit » π « dargestellt wird, erzielen die beiden

351 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 8.

352 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 39; HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 143 ff.; KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 46. Die Bezeichnung »Folk« weist im Übrigen darauf hin, dass das Theorem keinem bestimmten Wissenschaftler zugeordnet werden kann (sondern eher der Wissenschaft als solcher).

353 KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 46.

354 Dieses Grundmodell, das auf den soeben gemachten Ausführungen zum Diskontfaktor und den Vergeltungsmassnahmen basiert, ist zu finden bei IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 8 ff.; ähnlich stellen dies KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 46 ff., dar.

355 Variable Kosten sind derjenige Teil der Gesamtkosten, der sich bei einer Änderung der betrachteten Bezugsgrösse (Umsatz, Beschäftigung, usw.) ebenfalls ändert. So werden Rohstoffe, die in ein Produkt einfließen, als variable Kosten betrachtet. Sie stellen das Gegenteil der Fixkosten dar.

356 Vgl. vorstehend § 8 Ziff. 3.1, insb. Abbildung 2.

Unternehmen zusammen demnach den kollusiven Profit $\pi^c = (p^c - c) D(p^c)$ ³⁵⁷. Würde nun ein Unternehmen von p^c (nach unten [= Preissenkung]) abweichen und würde der Konkurrent mit einer Vergeltungsmassnahme reagieren, was wieder ($p = c$) zur Folge hätte, so kann – vereinfacht – gesagt werden: Wenn ($p = c$), dann $p^c > p$, weshalb $\pi^c = (p^c - c) D(p^c) > \pi = (p - c) D(p)$. Der kollusiv erzielte Profit aller Unternehmen (π^c) ist damit grösser als der Profit π bei normalem Wettbewerb (wobei aber stets auch die Nachfrageelastizität zu beachten ist). Den durch das einzelne Unternehmen erzielten Profit erhält man – bei zwei Unternehmen – nun ganz einfach dadurch, indem der Profit durch zwei geteilt wird ($\pi/2$ bzw. $\pi^c/2$). Aufgrund der spieltheoretischen Überlegungen hinsichtlich wiederholter Spiele (Addition der Gewinne sämtlicher Perioden) sowie der Ausführungen zur Diskontierung (δ) und zur Vergeltung sind nun das Zeitelement und die Wirkungen der Vergeltung in die vorstehende Berechnung einzufügen. Die Vergeltungswirkung zeigt sich dadurch, dass durch das Abweichen vom kollusiven Preis in der ersten Periode zwar die gesamte Nachfrage und damit auch der gesamte Gewinn auf den Abweichenden fällt, in der Folgeperiode jedoch aufgrund der Vergeltung (Preisfestsetzung mit $p = c$) keine Gewinne mehr erzielt werden können (es resultiert ein Gewinn π von 0). Schliesslich sind die Gewinne ab der zweiten Periode mit δ zu diskontieren. Dies ergibt das Folgende:

$$\pi^c/2 + \delta \pi^c/2 + \delta^2 \pi^c/2 + \dots \geq \pi^c + \delta 0/2 + \delta^2 0/2 + \dots$$

Dies entspricht:

$$\pi^c/2 (1 + \delta + \delta^2 + \dots) \geq \pi^c$$

Löst man dies nun nach δ auf, so ergibt sich:

$$\delta \geq \delta^* \equiv 1/2 \text{ bzw. } 0,5$$
³⁵⁸

Der relevante bzw. kritische Grenzwert δ^* liegt im Grundmodell zwar bei 0,5, widerspiegelt jedoch im Einzelfall jeweils die relevanten Charakteristika einer bestimmten Branche³⁵⁹. Es ist demnach möglich, dass die jeweiligen Eigenschaften bzw. Gegebenheiten in einer bestimmten Branche zu einer Herabsetzung des kritischen Grenzwertes führen, weshalb Kollusion möglich wird, auch wenn die Unternehmen zukünftige Gewinne nicht derart gewichten³⁶⁰.

357 $(p - c)$ entspricht dem Profit (Preis abzüglich Kosten) beim Verkauf eines Gutes; $[D(p)]$ entspricht der Nachfrage nach diesem Gut beim entsprechenden Preis, hier dem kollusiven Preis.

358 In der Grundformel stellt δ^* den entscheidenden mathematischen Grenzwert dar. Liegt der Diskontfaktor eines Unternehmens darüber, kann Kollusion aufrecht erhalten bleiben. Liegt er hingegen darunter, so wird kollusives Verhalten weniger »wahrscheinlich«.

359 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, *Economics of Tacit Collusion*, S. 9 f.

360 Von einem hohen Diskontfaktor spricht man dann, wenn δ gegen 1, und von einem kleinen, wenn δ gegen 0 strebt, vgl. IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, *Economics of Tacit Collusion*, S. 10, insb. Fn 9.

In Worten ausgedrückt bedeutet dies nun zunächst, dass für ein Unternehmen dann ein Anreiz zu kollusivem Verhalten besteht, wenn der über alle Perioden zusammengerechnete kollusive Gewinn grösser oder mindestens gleich gross ist wie der Gewinn, welcher durch ein Abweichen (*cheat*) in Periode 1 und der dadurch resultierenden Attraktion der gesamten Nachfrage erzielt werden könnte³⁶¹. Ob nun der kollusive Gewinn höher ist oder nicht, entscheidet sich aufgrund des Diskontfaktors bzw. des kritischen Grenzwerts. Die Faktoren, welche diesen Grenzwert beeinflussen, sollen als Nächstes dargelegt werden. Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese Faktoren selbstverständlich von der Spieltheorie unabhängig betrachtet werden können, die Theorie als solche aber eine mathematische Erklärung liefern kann. In jedem Fall aber geht es schliesslich darum herauszufinden, welche Faktoren in einem oligopolistischen Markt geeignet sind, antikompetitives Verhalten zu fördern bzw. zu verhindern³⁶².

3.3. Kollusionsrelevante Faktoren

3.3.1. Übersicht

An dieser Stelle soll zunächst der Versuch unternommen werden, die wichtigsten Faktoren zu klassifizieren. Dabei kommen drei Klassen in Frage: Reine Marktstrukturkriterien³⁶³, Kriterien der Angebots- und Kriterien der Nachfrageseite. Die entscheidenden Faktoren lassen sich wie folgt tabellarisch darstellen:

361 Vgl. hierzu bereits STIGLER, Oligopoly, S. 46.

362 STROUX, Oligopoly, S. 16.

363 An dieser Stelle wird von reinen Marktstrukturkriterien gesprochen, da sie ausschliesslich den Markt als solchen betreffen, ohne auf individuelle Einzelheiten der Unternehmen auf diesem Markt einzugehen. Es ist daher der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass in der Literatur beispielsweise auch Kriterien der Angebotsseite zu den Marktstrukturkriterien gezählt werden (vgl. daher als Beispiel hierfür WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 207). Allerdings scheint dies lediglich eine begriffliche und nicht eine inhaltliche Unterscheidung zu sein.

| Marktstrukturkriterien | Angebotskriterien | Nachfragekriterien |
|--|--|--|
| <ul style="list-style-type: none"> • Anzahl Wettbewerber • Marktkonzentration • Markteintrittsschranken • Markttransparenz • Interaktion zwischen den Firmen / Laufzeit | <ul style="list-style-type: none"> • Homogenität der Anbieter • Kostenstruktur • Kapazitäten • Art des verkauften Produkts • Technologie und Innovation • multi-market contact | <ul style="list-style-type: none"> • Marktphase • Nachfragemacht und Nachfrageveränderungen • Elastizität der Nachfrage |

Abbildung 5: Kollusionsrelevante Faktoren

Nachfolgend ist aufzuzeigen, inwiefern diese Faktoren einen Einfluss auf die Möglichkeit der Unternehmen haben, Kollusion bzw. kollusives Verhalten aufrecht zu erhalten.

3.3.2. Reine Marktstrukturkriterien

a) Die Anzahl Wettbewerber

Die im Rahmen dieser Arbeit vorgenommene Beschränkung auf oligopolistische Marktstrukturen hat nicht zur Folge, dass die Anzahl der Wettbewerber an Relevanz verliert. Vielmehr ist in Erinnerung zu rufen, dass das Oligopol keine feste Anzahl Wettbewerber kennt – es sind demnach Oligopole mit zwei oder auch mit fünf Unternehmen denkbar. Dass es von Bedeutung ist, ob auf einem Markt lediglich zwei oder eben fünf Unternehmen vorhanden sind, scheint ohne Weiteres einleuchtend zu sein. Die Anzahl Wettbewerber ist daher selbst bei einer Beschränkung auf die Marktform des Oligopols ein sehr wichtiger Faktor³⁶⁴.

Hierfür sind mehrere Gründe verantwortlich: Wird angenommen, dass das abweichende Unternehmen die gesamte Nachfrage auf sich ziehen kann, so ist der Zugewinn an Nachfrage bei mehreren Wettbewerbern grösser, als wenn lediglich zwei vorhanden sind. Zum anderen ist zu berücksichtigen, dass Kollusion bei steigender Anzahl Konkurrenten auch deshalb schwieriger aufrecht zu erhalten ist, weil der zukünftig zu erwartende kollusive Gewinn kleiner ausfällt. Wurde bei zwei Unternehmen noch der Gewinn bei Abweichung dem hälftigen Gewinn in zukünftigen Perioden gegenübergestellt, so verändert sich das Verhältnis bei beispielsweise vier Unternehmen, da der Gewinn bei einem *cheat* nun lediglich

364 KÜHN, Fighting Collusion, S. 172; IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 12.

noch grösser sein muss als ein Viertel des kollusiven Gewinns in zukünftigen Perioden³⁶⁵. Damit zeigt sich, dass der kritische Grenzwert steigt, je mehr Wettbewerber auf dem entsprechenden Markt vorhanden sind, weshalb eine Abweichung vom kollusiven Verhalten wahrscheinlicher wird. Oder mit anderen Worten: Kollusion wird mit zunehmender Anzahl konkurrierender Unternehmen schwieriger aufrecht zu erhalten³⁶⁶. Erklärbar ist dies letztlich auch damit, dass die Koordinierung mit steigender Anzahl Wettbewerber schwieriger wird und sich dadurch die Transaktionskosten erhöhen³⁶⁷.

b) Marktkonzentration

Ein nächstes Kriterium ist jenes der Marktkonzentration bzw. der Marktanteile. Vorauszuschicken ist, dass die Anzahl Firmen in einem Markt oft nichts darüber aussagt, wie dieser strukturiert ist. Daher muss stets auch danach gefragt werden, wie die Marktanteile verteilt sind: Ist der grösste Teil des Marktes in den Händen ganz weniger – beispielsweise zweier – Unternehmen, oder halten die Beteiligten symmetrische Anteile am Markt³⁶⁸?

Die spieltheoretischen Überlegungen zur Anzahl Wettbewerber haben grundsätzlich auch bei der Marktkonzentration Gültigkeit, wobei jedoch der Faktor des Marktanteils hinzuzufügen ist. Wenn man sich zwei Unternehmen vorstellt und eines der beiden Marktanteile verliert, weshalb der Markt in der Folge asymmetrisch strukturiert ist, so steigt der kritische Grenzwert und die Aufrechterhaltung von Kollusion wird schwieriger³⁶⁹. Zu beachten ist allerdings, dass diese Feststellung nicht für beide Unternehmen gilt, sondern lediglich für jenes mit dem kleineren Marktanteil. Zu erklären ist dies auf den ersten Blick damit, dass beim »kleineren« Unternehmen der mögliche Gewinn bei Abweichung grösser ist als bei seinem Konkurrenten. Dies gilt jedoch nur für den ersten Blick und auch nur dann, wenn das oben beschriebene Grundmodell Anwendung findet. Bei näherer Betrachtung zeigt sich nämlich, dass asymmetrische Marktanteile ihre Ursache sehr oft in einer unterschiedlichen Kostenstruktur haben oder gar nicht von homogenen Produkten gesprochen werden kann. Ungeachtet der Gründe dieser

365 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 59.

366 Vgl. diesbezüglich insbesondere für die Herleitung bei IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 12; STROUX, Oligopoly, S. 16.

367 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 59.

368 STROUX, Oligopoly, S. 18.

369 Vgl. hierzu auch BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 58 ff.

Asymmetrien lässt sich aber dennoch festhalten, dass asymmetrische Marktanteile die Aufrechterhaltung von kollusivem Verhalten eher erschweren³⁷⁰.

c) Markteintrittsschranken

Das Vorhanden- bzw. Nichtvorhandensein von Markteintrittsschranken stellt ebenfalls einen wichtigen Faktor bei der Beurteilung des »Kollusionsrisikos« dar. Unter Markteintritts- bzw. Marktzutrittsschranken versteht man gemeinhin die rechtliche oder tatsächliche Erschwerung des Neueintritts auf den Markt, wobei unter anderem Grössenvorteile, notwendige und hohe Investitionen, der Zeitaufwand oder Sperrpatente sowie regulatorische Hürden als mögliche Schranken aufzuführen sind³⁷¹. Ob Marktzutrittsschranken hoch oder niedrig sind, muss jeweils im Einzelfall, d.h. im Hinblick auf eine entsprechende Branche, untersucht werden.

Dafür, dass niedrige Markteintrittsschranken die Möglichkeit, kollusives Verhalten aufrecht zu erhalten, einschränken, gibt es im Wesentlichen zwei Gründe: Zum einen erhöhen niedrige Schranken die Wahrscheinlichkeit von Eintritten von Unternehmen, die anhand einer kurzfristigen Strategie von höheren Preisen auf einem bestimmten Markt profitieren möchten, wobei von der so genannten »hit-and-run«-Strategie gesprochen wird. Generierbare Profite auf einem Markt, die über dem normalen Wettbewerbsniveau liegen, ziehen andere Unternehmen an und schmälern damit den aufgrund kollusiven Verhaltens erzielten Gewinn³⁷². Zum anderen reduziert die Aussicht auf Eintritte neuer Unternehmen die Möglichkeiten der Vergeltung, was der Beibehaltung kollusiven Verhaltens wiederum Grenzen setzt. Dies ist darauf zurückzuführen, dass nach einem Eintritt in künftigen Perioden der Profit auf mehr Unternehmen aufgeteilt werden muss und

370 STROUX, Oligopoly, S. 22 f.; IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 14 ff.; Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auf die in der Praxis oftmals verwendeten Indizes hingewiesen, mit denen der Grad der Gefährdung des Wettbewerbs anhand der Marktkonzentration gemessen werden soll, vgl. hierzu BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 60, weiter auch ZÄCH, Europäisches Wirtschaftsrecht, S. 407 f., und POSNER, Antitrust Law, S. 69 f.

371 ZÄCH, Kartellrecht, S. 7 f., und dabei insbesondere Fn 15, m.w.H.; vgl. aber auch WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 205, mit einer differenzierten Auseinandersetzung mit dem Begriff der Marktzu- bzw. -eintrittsschranken sowie mit Verweis auf POSNER, Antitrust Law, S. 74; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 56 f.

372 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 204 ff.; IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 16; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 62 ff.

zwar unabhängig vom Verhalten der vor dem Eintritt auf dem Markt vorhandenen Unternehmen³⁷³.

Dies kann – vereinfacht und bezüglich eines Duopols – wie folgt ausgedrückt werden: Da kollusives Verhalten am ehesten aufrecht erhalten werden kann, wenn keine Marktzutritte zu befürchten sind, und ein solcher mit der Wahrscheinlichkeit μ eintritt, werden die im Markt bereits tätigen Wettbewerber den kollusiven Preis unter sich aufteilen. Die Wahrscheinlichkeit des Marktzutritts wird nun jedoch nicht mit μ , sondern mit $(1 - \mu)$ berücksichtigt, da die Wettbewerber ja mit der Wahrscheinlichkeit, dass kein Zutritt erfolgen wird, rechnen. Ab der zweiten Periode wird daher der zu erwartende und diskontierte Gewinn mit $(1 - \mu)$ multipliziert. Im Ergebnis zeigt sich, dass der kritische Grenzwert steigt, je wahrscheinlicher der Eintritt ist, denn $\delta \geq \delta^*(\mu) \equiv 1/(2 - \mu)$. Bei einer Wahrscheinlichkeit eines Eintritts von nahezu 1 nähert sich der kritische Grenzwert δ^* daher ebenfalls 1, wodurch es (theoretisch) quasi unmöglich wird, kollusives Verhalten aufrecht zu erhalten.³⁷⁴

Demnach kann festgehalten werden, dass kollusives Verhalten kaum zu befürchten ist, wenn Markteintrittsschranken fehlen. Je höher die Schranken sind, desto wahrscheinlicher wird Kollusion auf dem entsprechenden Markt³⁷⁵.

d) Markttransparenz

Es wurde einleitend gezeigt, dass die Möglichkeit, kollusives Verhalten aufrecht zu erhalten, neben dem Diskontfaktor bzw. dem kritischen Grenzwert vor allem auch von der Fähigkeit der übrigen Wettbewerber abhängt, auf eine Abweichung mit Vergeltungsmassnahmen zu reagieren³⁷⁶. Damit aber überhaupt solche Massnahmen ausgelöst werden können, muss die fragliche Abweichung (*Cheat* in Form eines so genannten »Price Cut«) überhaupt entdeckt werden können. Die Erhöhung der Markttransparenz legt die Grundlage, um Abweichungen schneller und einfacher zu entdecken und als Folge darauf zu reagieren³⁷⁷. Daran anknüpfend wirkt sich die Erhöhung der Markttransparenz zwischen den Wettbewerbern

373 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIROLE, Economics of Tacit Collusion, S. 16 ff.

374 Vgl. zum Ganzen IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIROLE, Economics of Tacit Collusion, S. 16 ff.

375 Dabei gilt es aber zu berücksichtigen, dass hohe Preise auf einem bestimmten Markt, sofern sie sich erheblich über dem Wettbewerbsniveau halten, trotz Schranken wiederum neue mögliche Wettbewerber anziehen.

376 Vgl. vorstehend Ziff. 3.2.1. Gleichzeitig erhöht die Markttransparenz die Möglichkeiten der Verhaltenskoordination.

377 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 61, der aber zudem darauf hinweist, dass auch ein kompetitives Resultat erreicht werden kann, wenn imitatorisches Verhalten auf dem Markt vorherrschend ist (z.B. bei aggregierten Marktdaten).

auch auf die Laufzeit zwischen einer Abweichung vom kollusiven Verhalten und deren Entdeckung aus. Beachtet man nun, dass der Profit über mehrere Perioden kumuliert wird, dann zeigt sich, dass der Diskontfaktor umso geringer ist, je länger es geht, bis ein *cheat* entdeckt wird³⁷⁸. Markttransparenz verkürzt nun diese Laufzeit, weshalb der Diskontfaktor grösser wird, und könnte deshalb grundsätzlich kollusives Verhalten ermöglichen³⁷⁹. Zu beachten ist jedoch, dass der Begriff der Markttransparenz eigentlich differenzierter betrachtet werden müsste. So stellt sich einmal die Frage, ob sie sich auf den gesamten Markt oder lediglich auf die Angebots- bzw. Nachfrageseite bezieht. Unter Beachtung dieser Differenzierung zeigt sich nämlich, dass der Effekt von Transparenz äusserst ambivalent ist. Transparenz auf der Nachfrageseite kann wettbewerbsfördernde Wirkung haben, zumal die dadurch erhöhte Nachfrageelastizität einen Anreiz schafft, um vom kollusiven Verhalten abzuweichen bzw. um den kollusiven Preis zu unterbieten³⁸⁰.

Betrachten wir nun ein kollusives Duopol, wie es bereits bei vorherigen Ausführungen als Grundlage diente. Zunächst ist anzunehmen, dass die Konkurrenten lediglich ihre eigenen Marktdaten beobachten, wobei darunter die Beobachtung der eigenen Preise und Verkäufe zu verstehen ist. Sehen sich die Unternehmen nun mit einem plötzlichen und wesentlichen Nachfragerückgang konfrontiert, so können sie unter den beschriebenen Bedingungen nicht eruieren, worauf dieser Rückgang zurückzuführen ist. Zwei Varianten sind denkbar: Entweder ist das andere Unternehmen vom kollusiven Preis abgewichen, oder es handelte sich lediglich um einen so genannten »*adverse demand shock*«³⁸¹. Die Unsicherheit über die Ursache führt dazu, dass Kollusion deshalb nicht mehr aufrecht zu erhalten ist, weil auf eine Abweichung mangels gesicherter Informationen nicht adäquat reagiert werden kann³⁸². Wichtigster Punkt hinsichtlich der Schaffung von Markttransparenz ist demnach neben der Vereinfachung der Entdeckung eines *cheat* und der Reduktion der Laufzeit zwischen *cheat* und Entdeckung auch die Beseitigung von Unsicherheit hinsichtlich des Marktgeschehens

378 Die Häufigkeit der Interaktion bzw. des Informationsaustauschs zwischen den Wettbewerbern stellt in diesem Zusammenhang jedoch einen entscheidenden Punkt hinsichtlich der Abschwächung oder Verstärkung der Wirkungen des Austauschs dar, vgl. WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 103.

379 STROUX, Oligopoly, S. 24; SCHULTZ, Transparency on the consumer side and tacit collusion, S. 279 f.; IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 22; vgl. auch VIVES, Information Sharing: Economics and Antitrust, S. 4.

380 SCHULTZ, Transparency on the consumer side and tacit collusion, S. 280 ff.

381 Unter einem »*demand shock*« versteht man eine plötzliche bzw. überraschende Veränderung in der Nachfrage nach einem bestimmten Gut oder einer Dienstleistung. Die Veränderung kann sowohl positiv als auch negativ sein (*adverse* = engl. für nachteilig, ungünstig, feindlich).

382 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 22.

auf der einen Seite, aber auch in Bezug auf die Strategie der Wettbewerber³⁸³. Nicht umsonst hat im Jahre 1993 Justice Kennedy vom US Supreme Court im Fall *Brooke Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.* festgehalten, dass Unsicherheit der grösste Feind eines jeden Oligopolisten sei³⁸⁴.

3.3.3. Kriterien der Angebotsseite

a) Homogenität der Anbieter

Soeben wurde das Problem der Unsicherheit erwähnt und gezeigt, welche Wirkungen die Herstellung von Transparenz auf der Angebotsseite haben kann. Erhöhen die Wettbewerber also die Transparenz, indem sie Informationen über ihre Kosten, die verlangten Preise und ihre Verkäufe austauschen, so kann die vorhandene Unsicherheit beseitigt werden. Denkbar sind aber auch Marktkonstellationen, bei denen die Unsicherheiten naturgemäss geringer sind. Dies ist der Fall, wenn die Anbieter »homogen«, mithin austauschbar, sind. Die Homogenität der Anbieter ist hinsichtlich der Beurteilung der Anfälligkeit für kollusives Verhalten oft ein erster Indikator. Sie reduziert insbesondere die Unsicherheit bezüglich der Kosten, der Nachfrage und weiterer Faktoren³⁸⁵. Während die Erhöhung der Markttransparenz also die Beseitigung der strategischen Unsicherheit hinsichtlich der Konkurrenten bewirkt bzw. bezweckt, liegt in einem Markt mit homogenen Anbietern eine solche Unsicherheit eigentlich nicht vor.

b) Kostenstruktur

Die Kostenstruktur ist ein wesentlicher Bestandteil der Preisüberlegungen, die sich ein Unternehmen macht. Dies ist selbstverständlich, wenn man bedenkt, dass mit dem erzielten Verkaufspreis zunächst einmal die Kosten gedeckt werden müssen, bevor ein Gewinn erzielt werden kann. Aufgrund ihrer Bedeutung ist die Kostenstruktur daher auch bei der Frage, ob kollusives Verhalten aufrecht erhalten werden kann, zu berücksichtigen.

Zunächst ist es für Unternehmen mit einer unterschiedlichen Kostenstruktur schwierig, bei der Preisgestaltung überhaupt eine Einigung zu erzielen. Der

383 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 61; IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, *Economics of Tacit Collusion*, S. 22 f.; STROUX, *Oligopoly*, S. 24.

384 *Brooke Group Ltd. vs. Brown & Williamson Tobacco Corp.* (No. 92-466), 509 U.S. 209 (1993).

385 STROUX, *Oligopoly*, S. 19.

Grund ist darin zu sehen, dass das Unternehmen mit den tieferen Kosten auch einen tieferen Preis verlangen will³⁸⁶. Sodann hat die Kostenstruktur aber auch eine Auswirkung auf die Möglichkeit eines Unternehmens, auf allfällige *cheats* zu reagieren. So dürfte es nur schwer gelingen, das Unternehmen mit den tieferen Kosten zu disziplinieren, da es von der Abweichung mehr profitiert und auf der anderen Seite bei einer Vergeltungsmassnahme weniger zu befürchten hat, da diese Massnahme durch die hohe Kostenstruktur des anderen Wettbewerbers eingeschränkt wird. Daraus wird ersichtlich, dass die Effizienz eines Unternehmens wesentlich dazu beiträgt, ob eine Vergeltungsmassnahme von Erfolg gekrönt sein bzw. genügend disziplinierend wirken könnte, um Kollusion aufrecht zu erhalten³⁸⁷. Die Wahrscheinlichkeit für kollusives Verhalten verringert sich demnach, je unterschiedlicher die Kostenstrukturen der auf dem relevanten Markt tätigen Wettbewerber sind³⁸⁸.

Noch eine weitere Differenzierung gibt es hinsichtlich der Kosten der verschiedenen Wettbewerber zu beachten: Haben die Unternehmen hohe Fixkosten, so besteht die Gefahr von so genannten Irreversibilitäten (*sunk costs*). Dies ist beispielsweise bei erheblichen Investitionen der Fall, die im Falle eines Marktaustritts oftmals nicht mehr wieder gewonnen werden können. In einem solchen Fall wird versucht, über die kollusiven Gewinne entsprechende Amortisationen vorzunehmen; gleichzeitig bilden diese Investitionen allenfalls Marktaustrittsschranken mit kollusionsfördernder Wirkung³⁸⁹.

c) Kapazitäten der beteiligten Unternehmen

Im eingangs erwähnten Duopol-Modell wird angenommen, dass die beteiligten Unternehmen im Wesentlichen zwei Entscheidungen zu treffen haben: Entweder sie halten sich an den kollusiven und damit höheren Preis über sämtliche Perioden und teilen den daraus resultierenden Gewinn unter sich auf, oder sie weichen von diesem Preis ab, ziehen in dieser ersten Periode die gesamte Nachfrage auf sich und müssen sich in den Folgeperioden mit dem Wettbewerbspreis begnügen. In diesem Fall resultiert ein Preis in der Höhe der Grenzkosten, da er durch

386 POSNER, Antitrust Law, S. 77; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 56; vgl. auch WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 207, der zu Recht auch darauf hinweist, dass bei Berücksichtigung von geringerer Kosteneffizienz kartellinterne Transferleistungen (Gewinnausgleich) zu zahlen wären, die wiederum erhebliche Koordination – in der Regel in der Form einer expliziten Kartellabrede – verlangt.

387 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIROLE, Economics of Tacit Collusion, S. 36.

388 STROUX, Oligopoly, S. 19.

389 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 56 f. Immerhin müssten diese Irreversibilitäten bzw. versunkenen Kosten einen grossen Anteil an den Gesamtkosten ausmachen.

den auf die Abweichung folgenden Preiskrieg als Vergeltungsmassnahme bis auf dieses Niveau hinunter gedrückt wird³⁹⁰.

Die Feststellung für Periode 1, dass das abweichende Unternehmen die gesamte Nachfrage auf sich zieht, beruht insbesondere auf der Annahme, dass volle Transparenz ein Wechseln der Nachfrager ermöglicht und diese auch nicht aus besonderen Gründen bei »ihrem« Anbieter bleiben wollen. Allerdings wird es oft vorkommen, dass die Kunden mangels Transparenz gar nicht auf den tieferen Preis aufmerksam werden oder dass sie aus bestimmten Gründen an das Unternehmen mit dem höheren Preis gebunden sind, sei dies nun psychologisch oder aufgrund von Verträgen. In der Praxis wird es zudem kaum vorkommen, dass ein Unternehmen in einer einzigen Periode die gesamte Nachfrage bedienen kann, da die produktionstechnischen Ressourcen gar nicht zur Verfügung stehen.

Beschränkungen der Kapazitäten der beteiligten Unternehmen stellen deshalb einen weiteren Faktor dar, der einen Einfluss auf die Möglichkeit kollusiven Verhaltens haben kann³⁹¹. Die Wirkungen von Über- und Unterkapazitäten bzw. von Kapazitätsunterschieden (Asymmetrien) sind jedoch ambivalent³⁹². Einschränkungen in den Kapazitäten führen sowohl dazu, dass die Anreize, von kollusivem Verhalten abzuweichen, geringer werden, als auch dazu, dass von möglichen Vergeltungsmassnahmen weniger befürchtet werden muss: Der Grund liegt darin, dass auf der einen Seite ein Unternehmen mit beschränkten Kapazitäten weniger von einer Abweichung gewinnen kann, und auf der anderen Seite Kapazitätsbeschränkungen bei den nicht abweichenden Unternehmen deren Möglichkeiten zur Vergeltung verringern, da die Produktion nicht endlos ausgeweitet werden kann. Dadurch zeigen sich Grenzen im Preiskrieg bzw. bei den Vergeltungsmassnahmen³⁹³. Überkapazitäten wiederum führen insofern zur Instabilität kollusiven Verhaltens, als dass das entsprechende Unternehmen geneigt ist, seine gesamte Kapazität auszunutzen, ohne dabei mit hohen buchhalterischen Kosten konfrontiert zu sein³⁹⁴. Zwar werden Überkapazitäten weniger leicht entdeckt als die Kapazitätsausweitung, doch, und dies weist wiederum auf die bereits erwähnte Ambivalenz hin, werden Drohungen bezüglich Vergeltungsmass-

390 BROCK/SCHNEIDERMAN, Price Setting Supergames, S. 371.

391 JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 153 ff.; COMPTE/JENNY/REY, Capacity Constraints, S. 1 ff.

392 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 208.

393 COMPTE/JENNY/REY, Capacity Constraints, S. 2; IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 41. Zur Erinnerung sei angefügt, dass der Preis im (anfänglichen) Monopol bzw. kollusiven Oligopol anhand der produzierten Menge festgesetzt werden kann und damit bei einer Produktionsausweitung zu sinken beginnt, vgl. oben § 8 Ziff. 3.2.

394 STROUX, Oligopoly, S. 20; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 208.

nahmen glaubhafter, sofern das drohende Unternehmen ebenfalls über Überkapazitäten verfügt³⁹⁵.

Schliesslich ist noch auf den Fall einzugehen, bei welchem die Kapazitätsschranken asymmetrisch verteilt sind. Dann nämlich vergrössert die Kapazitätsausweitung eines Unternehmens zulasten des anderen den Anreiz des ersten Unternehmens, vom kollusiven Zusammenwirken abzuweichen, und beschränkt gleichzeitig die Möglichkeit des zweiten Unternehmens, auf diese Abweichung disziplinierend zu reagieren. Asymmetrien bei den Kapazitäten erschweren demnach die Möglichkeit, kollusives Verhalten aufrecht zu erhalten.³⁹⁶

Aus diesen Ausführungen wird ersichtlich, dass Kapazitäten zwar ohne weiteres erhebliche Auswirkungen auf das Verhalten der beteiligten Unternehmen haben können. Ob sie jedoch als taugliches Kriterium für die Beurteilung der Kollusionsgefahr dienen können, ist aufgrund ihrer ambivalenten Wirkungen fraglich und im Einzelfall zu entscheiden.

d) Art des verkauften Produkts (bzw. der Leistung)

Bislang wurde davon ausgegangen, dass die auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen das »gleiche« Produkt verkaufen. Dies ist in der Praxis selbstverständlich oft nicht der Fall, streben Unternehmen doch danach, ihr Angebot von der Konkurrenz abzugrenzen bzw. zu differenzieren³⁹⁷.

Die Abgrenzung auf Produktebene kann in zweierlei Hinsicht vonstatten gehen. Zum einen können Unternehmen ihr Produkt vertikal und zum anderen horizontal differenzieren. Während von vertikaler Differenzierung beispielsweise dann gesprochen wird, wenn ein Unternehmen zwar zum gleichen Preis, jedoch mit besserer Qualität anbietet, geht es bei der horizontalen Differenzierung darum, den Kunden mit weiteren Leistungen an das Unternehmen zu binden (Loyalität). Im ersten Fall, also bei vertikal differenzierten Produkten, zeigt sich, dass es schwieriger wird, kollusives Verhalten aufrecht zu erhalten, je grösser der wettbewerbliche Vorteil desjenigen Unternehmens ist, das die bessere Qualität bietet. Diese Situation ist nämlich vergleichbar mit jener, in welcher ein Unternehmen zwar die gleiche Qualität wie die Konkurrenz anbietet, jedoch zu einem tieferen Preis. Im zweiten Fall, also bei der horizontalen Differenzierung, stellt

395 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 208.

396 Allerdings ist auch bei asymmetrischen Kapazitäten durchaus kollusives Verhalten denkbar, und zwar dann, wenn es den beteiligten Unternehmen gelingt, ihre Marktanteile entsprechend aufzuteilen; vgl. IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIROLE, Economics of Tacit Collusion, S. 41, mit Hinweisen auf in dieser Hinsicht durchgeführte Studien, beispielsweise auf COMPTE/JENNY/REY, Capacity Constraints, S. 1 ff.

397 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIROLE, Economics of Tacit Collusion, S. 45.

sich aufgrund der erhöhten Loyalität eine Abneigung der Kunden ein, das Produkt zu wechseln, da die Preisreduktion die vom »alten« Unternehmen gebotenen »Zusatzleistungen« nicht aufzuwiegen vermögen.³⁹⁸

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass die Homogenität von Produkten deren Substituierbarkeit und damit die disziplinierende Wirkung einer Vergeltungsmassnahme erhöht. Hinzu kommt, dass es für die beteiligten Unternehmen einfacher wird, den Markt zu beobachten, wenn ihre verkauften Produkte homogen sind, zumal der Wettbewerb dann nur noch über den Preis erfolgen kann³⁹⁹. Das bedeutet, dass eine hohe Differenzierung der Produkte die Möglichkeit kollusiven Verhaltens einschränkt. Zu beachten ist in jedem Fall auch, dass weitere Faktoren Einfluss auf das Produkt haben können, so zum Beispiel die Komplexität des Produkts bzw. der Herstellung, die verwendete Technik, rechtliche Rahmenbedingungen (gesetzliche Vorgaben, Selbstregulierung, Standardisierung)⁴⁰⁰. Ein Teil dieser soeben erwähnten Punkte wird nachfolgend noch konkreter zu behandeln sein. Festzuhalten gilt es jedoch, dass die Heterogenität der Produkte die Möglichkeit kollusiven Verhaltens lediglich einschränkt, nicht jedoch verhindert. So kann Kollusion selbst bei heterogenen Produkten auftreten, wenn beispielsweise vereinbarte Grössen vorhanden sind⁴⁰¹.

e) Technologie und Innovation

Die Technologie, die in einem Produkt steckt oder zu dessen Produktion sie verwendet wird, ist ebenfalls von Relevanz. Die Komplexität der Produktion beispielsweise aufgrund der technischen Voraussetzungen verringert die Möglichkeit kollusiven Verhaltens und ein Markt, auf dem Forschung und Entwicklung einen grossen Bestandteil bilden, fördert Produkteinnovation und damit auch die Produktdifferenzierung⁴⁰². Beachtlich ist zudem, dass Innovationen gegenüber Konkurrenten einen erheblichen Vorsprung schaffen oder Letztere gar aus dem Markt drängen können. Diese Gefahr führt dazu, dass die Unternehmen zukünftige Gewinne weniger stark gewichten, da sie eine mögliche zukünftige Marktposition antizipieren⁴⁰³. Allerdings ist zu beachten, dass die Innovationstätigkeit

398 Zum Ganzen vgl. IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIROLE, *Economics of Tacit Collusion*, S. 45 ff.

399 BRÜTSCH, *Parallelverhalten*, S. 70; STROUX, *Oligopoly*, S. 24.

400 Vgl. hierzu auch STROUX, *Oligopoly*, S. 24; BRÜTSCH, *Parallelverhalten*, S. 71.

401 BRÜTSCH, *Parallelverhalten*, S. 70 f.

402 Vgl. vorstehend lit. d.

403 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIROLE, *Economics of Tacit Collusion*, S. 33.

in reiferen Märkten abnimmt und sich die Produkte angleichen, weshalb der Wettbewerb wiederum nur noch über den Parameter »Preis« erfolgen kann⁴⁰⁴.

f) Kontakt auf mehreren Märkten

Oftmals begegnen sich Unternehmen nicht nur auf einem einzigen, sondern auf mehreren Märkten. Um ein möglichst umfassendes Bild über die Möglichkeiten zu kollusivem Verhalten machen zu können, ist es deshalb sinnvoll oder gar erforderlich, auch die gegenseitigen Abhängigkeiten der Unternehmen in anderen Märkten zu untersuchen⁴⁰⁵.

Der Kontakt von denselben Firmen auf mehreren Märkten erhöht nicht nur ihre Interaktionen, sondern kann auf einem anderen Markt bestehende Asymmetrien ausgleichen und damit allenfalls gar kollusives Verhalten auf einem oder mehreren Märkten ermöglichen, deren Charakteristika ein solches eigentlich nicht zulassen würden⁴⁰⁶. Die erhöhte Interaktion verstärkt dabei nicht nur die gegenseitigen Abhängigkeiten, sondern reduziert auch die strategische Unsicherheit über das Verhalten der Konkurrenten und zwar insofern, als dass die durch den mehrfachen Kontakt auf verschiedenen Märkten gesammelten Informationen ein besseres Bild über das Verhalten der anderen Unternehmen erlauben⁴⁰⁷. Hinzu kommt, dass bei der eingangs erwähnten entscheidenden Frage, ob kollusives Verhalten oder Abweichen zu wählen ist, ein weiteres Element zu berücksichtigen ist: Preiskrieg auf dem einen kann bezüglich des Verhaltens auf dem anderen Markt disziplinierend wirken⁴⁰⁸. Kollusives Verhalten kann somit auch dann aufrecht erhalten werden, wenn auf dem ersten untersuchten Markt die Voraussetzungen dazu zwar nicht gegeben sind, die Unternehmen aber auf mindestens einem weiteren Markt tätig sind, auf dem eine Disziplinierung möglich ist⁴⁰⁹.

404 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 71.

405 BERNHEIM/WHINSTON, Multimarket contact, S. 1 ff.; STROUX, Oligopoly, S. 25.

406 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 48.

407 JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 184; STROUX, Oligopoly, S. 25.

408 BERNHEIM/WHINSTON, Multimarket contact, S. 3 ff.; IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 48.

409 JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 184.

3.3.4. Kriterien der Nachfrageseite

a) Marktphase

Es mag seltsam erscheinen, weshalb das Kriterium der Marktphase auf der Seite der Nachfrage erscheint⁴¹⁰. Unter diesem Titel geht es jedoch vor allem um die Wirkungen von Verschiebungen der Nachfrage, und zwar gestützt auf bestimmte Zyklen. Jeder Markt ist einem ganz bestimmten Zyklus unterworfen, wobei verschiedene Marktphasen unterschieden werden können. Gemeinhin wird eine Unterscheidung zwischen vier bzw. fünf Phasen getroffen: Zunächst die Experimentierungsphase, sodann die Expansionsphase, danach die Ausreifungsphase und schliesslich die Stagnations- und die Rückbildungsphase⁴¹¹. Während es am Anfang der Experimentierungsphase noch kein (bzw. kein verbessertes) Produkt im eigentlichen Sinn und damit auch noch keinen Markt gibt, muss das Produkt nach Abschluss erster Forschungsleistungen zunächst in den Markt eingeführt werden⁴¹². Alsdann muss die Nachfrage, sobald das Produkt ordentlich eingeführt ist, in der Expansionsphase »erschlossen« werden. Vergleichbar ist die anschliessende Verstärkung der Nachfrage mit einem Ölfeld, das ebenfalls erschlossen wird und aus dem die Nachfrage fast unbeschränkt geschöpft werden kann⁴¹³. In der Ausreifungsphase kann es zwar durchaus noch zu einer Produktionsausweitung kommen, die auf bestimmte Auftriebsmomente zurückzuführen ist, wie beispielsweise die Erschliessung von »Randgruppen« bzw. »Randregionen«, doch verlangsamt sich die Ausdehnung nach der Erschliessung der wichtigsten Absatzmärkte⁴¹⁴. In der Stagnations- und der Rückbildungsphase ist schliesslich ein der bisherigen Entwicklung entgegen gesetzter Verlauf zu beobachten. Diese beiden letzten Phasen haben gemeinsam, dass die Marktentwicklung hinter der allgemeinen Wirtschaftsentwicklung bleibt. Die dadurch entstehenden Spannungen zeigen sich in Einflüssen der »Aussenwelt« auf die Marktstruktur: Die vorher insbesondere aufgrund der Produktivitätssteigerung mögliche Preissenkungstendenz kehrt sich ins Gegenteil – dennoch ist bescheidenes Wachstum noch möglich. Werden hingegen diese Einflüsse von Aussen zu stark, so dass die Produktion absolut zurückgeht, bildet sich der Markt zurück⁴¹⁵.

410 In anderen Arbeiten erscheint dieses Kriterium bei der angebotsseitigen Marktstruktur, vgl. diesbezüglich BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 65.

411 HEUSS, Markttheorie, S. 25 ff.

412 JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 184.

413 HEUSS, Markttheorie, S. 41.

414 HEUSS, Markttheorie, S. 62 ff.

415 Vgl. zum Ganzen HEUSS, Markttheorie, S. 85 ff.; zu berücksichtigen ist selbstverständlich, dass Schwankungen in der Nachfrage oder auch der Produktion nicht einzig auf die

Das soeben Erwähnte ist auch für die Beurteilung von kollusivem Verhalten in vielerlei Hinsicht von Relevanz. Es wurde gezeigt, dass zukünftige Gewinne, deren Diskontierung und die Möglichkeit von Vergeltungsmassnahmen Grundlage für die Entscheidung für bzw. gegen kollusives Verhalten sind. An dieser Stelle kommt nun die Markttheorie ins Spiel. Für Vergeltungsmassnahmen und damit für die Schmälerung künftiger Gewinne muss vorausgesetzt werden, dass eine Abweichung überhaupt entdeckt werden kann. In einer Phase wie der Expansionsphase, in welcher noch nicht die ganze Nachfrage erschlossen werden konnte, verliert das nicht abweichende Unternehmen keine Kunden bzw. Marktanteile, da immer wieder neue Teile der Nachfrage erschlossen werden können⁴¹⁶. Dies führt dazu, dass dieses Unternehmen zumindest nicht aufgrund eines Rückgangs der von ihm bewirtschafteten Nachfrage die Abweichung entdecken kann – Abweichungen sind mithin wahrscheinlicher⁴¹⁷. Daraus ergibt sich schliesslich auch, dass in einem gesättigten Markt die Tendenz zu kollusivem Verhalten eher vorhanden ist⁴¹⁸. Denn in dieser Phase ist es einfacher, eine Abweichung zu entdecken. Allerdings ist gleichzeitig die Aussicht auf zukünftigen Gewinn aufgrund des Marktrückgangs geschmälert⁴¹⁹.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Möglichkeit kollusiven Verhaltens in jeder Marktphase einzeln beurteilt werden muss, dass aber auch nur die Expansionsphase Kollusion tatsächlich ausschliessen dürfte, weil ihre Dynamik die Abhängigkeiten zwischen den Konkurrenten überlagert⁴²⁰. In dieser Phase spielen die der oligopolistischen Marktstruktur eigenen Interdependenzen zwischen den Wettbewerbern nicht jene Rolle, die erforderlich ist, um einen entscheidenden Einfluss auf die strategischen Entscheide der Unternehmen auszuüben.

b) Nachfrageveränderungen und Nachfragemacht

Eigentlich dürften diese beiden Punkte nicht unter dem gleichen Titel behandelt werden, da sie zumindest thematisch nicht zusammengehören. Nachfragemacht

Marktphasen zurückzuführen sind, so ist es durchaus möglich, dass es auch innerhalb einer Phase zu Schwankungen kommen kann.

416 JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 182 f.

417 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 66; STROUX, Oligopoly, S. 25.

418 STROUX, Oligopoly, S. 25.

419 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 27.

420 JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 183; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 66.

ist ein Bestandteil der Marktstruktur⁴²¹, während Nachfrageveränderungen eher in den Bereich der Marktphasen gehören. Nichtsdestotrotz sollen sie gemeinsam an dieser Stelle behandelt werden, da sie beide von der Anbieterseite grundsätzlich unabhängige Faktoren sind. Zu Recht darf man sich auch fragen, weshalb die Nachfrageveränderungen nicht auch unter dem Titel »Marktphase« behandelt wurden. Dies ist aber darauf zurückzuführen, dass ein Markt neben seinem »grossen« generellen Zyklus kleineren Nachfrageschwankungen ausgesetzt sein kann, die nicht oder nicht direkt auf die entsprechende Marktphase zurückzuführen sind (beispielsweise bei saisonalen Unterschieden).

Die Überlegungen (nicht jedoch die Schlussfolgerungen!), wie sie zu den Marktphasen angestellt wurden, sind in kleineren Dimensionen grundsätzlich auch auf die soeben beschriebenen Veränderungen in der Nachfrage anwendbar. Hinzu kommt allerdings ein weiteres Element: Während das Unternehmen in einen Fall, das heisst im »normalen« Marktzyklus, erkennt, dass es sich in der Ausreifungsphase befindet oder sich der Markt zurückbildet, steht es im anderen Fall von Periode zu Periode Schwankungen der Nachfrage gegenüber. Die Überlegung, dass sich der Markt zurückbildet und aus diesem Grund zukünftige Gewinne ohnehin nicht mehr zu stark gewichtet werden sollten, ist bei Nachfrageschwankungen somit nicht anwendbar. Ein Unternehmen steht dann vor dem Problem, dass die Zukunft bezüglich der Nachfrageentwicklung zwar ungewiss ist⁴²², die Aussichten trotz dieser Ungewissheit aber gleich bleiben: Die Wahrscheinlichkeit einer positiven oder negativen Nachfrageentwicklung bleibt dieselbe. Auf der anderen Seite bewegen sich mögliche Vergeltungsmassnahmen in einem konstanten Rahmen. Führt die Nachfrageschwankung zu einer überdurchschnittlich positiven Nachfrageentwicklung, so sind die Gewinne infolge einer Abweichung ebenso überdurchschnittlich, während die befürchteten Vergeltungsmassnahmen – weil konstant – auf dem durchschnittlichen Niveau verbleiben. Das Unternehmen hat in einer solchen Periode mit anderen Worten eine Abwägung zwischen überdurchschnittlichen – wenn auch kurzfristigen – Gewinnen und »durchschnittlicher« Vergeltung vorzunehmen⁴²³. Es zeigt sich somit, dass Kollusion schwieriger aufrecht zu erhalten ist, wenn sich die beteiligten Unternehmen Nachfrageschwankungen gegenübergestellt sehen (zumindest in Perio-

421 Marktstruktur der (Markt-)Gegenseite, vgl. JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 185.

422 Selbstverständlich ist die Nachfrageentwicklung als zukünftige Tatsache bzw. als fortlaufendes Ereignis in der Zukunft stets ungewiss. Diese grundsätzliche Ungewissheit kann daher kaum beseitigt werden.

423 Zu beachten ist, dass auch mit »durchschnittlicher« Vergeltung künftiger Preiskrieg gemeint ist, der beispielsweise in eine Periode geringer Nachfrage fällt. Zu deterministischen und zufälligen Schwankungen vgl. IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 32.

den mit höherer Nachfrage), als wenn solche Schwankungen fehlen und sich deshalb sowohl die kurzfristigen Gewinne als auch mögliche Vergeltungsmassnahmen die Waage halten⁴²⁴.

Einzugehen ist weiter auf das Strukturelement der Nachfragemacht. Grundsätzlich gehen Oligopolmodelle von einer atomisierten Marktgegenseite bzw. mindestens von einer grossen Zahl kleiner Nachfrager aus⁴²⁵. Ist die Nachfrageseite nun aber genügend konzentriert, steigt die Abhängigkeit der Unternehmen von den Abnehmern. Letztere haben dann eine stärkere Verhandlungsposition. Dies führt dazu, dass die von den Abnehmern in erheblichem Masse abhängigen Unternehmen in ihren Möglichkeiten eingeschränkt werden, kollusives Verhalten aufrecht zu erhalten. Bei mächtigen Abnehmern besteht zudem öfters die Möglichkeit, dass diese bei zu hohen (kollusiven) Preisen eine andere Lösung suchen, beispielsweise indem sie bestimmte Leistungen selber erbringen⁴²⁶. Zudem kann die Abhängigkeit von mächtigen Abnehmern oftmals zu verminderter Markttransparenz und damit aufgrund entsprechender Anreize zu geheimen Preisreduktionen führen⁴²⁷. Es sei an dieser Stelle auch darauf hingewiesen, dass mächtige Abnehmer zudem Einfluss auf die Interaktion von sich kollusiv verhaltenden Unternehmen ausüben können. Zu denken ist unter anderem an den Staat – als mächtigen Abnehmer –, der Geschäftsabschlüsse mit den Unternehmen speziell koordiniert, indem er beispielsweise die jeweils bestellte Menge erhöht und so die Anzahl abgeschlossener Geschäfte verringert. Dadurch sinkt die Möglichkeit der Unternehmen, Abweichungen sofort zu entdecken, was wiederum den Wert zukünftiger Gewinne verringert⁴²⁸. Daraus folgt, dass eine grosse Zahl kleiner Nachfrager kollusives Verhalten erleichtert, konzentrierte Nachfrage Kollusion jedoch erschwert.

c) Elastizität der Nachfrage

Ein weiteres Kriterium ist die Elastizität der Nachfrage. Gemeint ist die Preiselastizität der Marktnachfrage und nicht die unternehmensindividuelle Nachfrageelastizität, die zumindest auf einem homogenen Markt keine grosse Bedeutung

424 Vgl. zu den Nachfrageschwankungen IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, *Economics of Tacit Collusion*, S. 29 ff., die darauf hinweisen, dass diese Schlussfolgerung auch für saisonale Schwankungen gilt.

425 BRÜTSCH, *Parallelverhalten*, S. 67.

426 Hierzu STROUX, *Oligopoly*, S. 23; so aber bereits schon STIGLER, *Oligopoly*, S. 47.

427 BRÜTSCH, *Parallelverhalten*, S. 68.

428 JUNGERMANN, *Kollektive Marktbeherrschung*, S. 186; WAGNER-VON PAPP, *Marktinformationsverfahren*, S. 211 und 217; POSNER, *Antitrust Law*, S. 68 f.; BRÜTSCH, *Parallelverhalten*, S. 68.

hat⁴²⁹. Unter Elastizität versteht man gemeinhin ein Mass, das die Veränderung einer abhängigen Grösse bei einer Änderung einer ihrer Einflussgrössen angibt. Die Nachfrageelastizität gibt demnach an, um wie viel sich die Nachfrage verändert bei einer Veränderung – beispielsweise – des Preises⁴³⁰. Unelastisch ist die Nachfrage, wenn sie auf die Preisänderung nicht reagiert. Je eher die Nachfrager aber auf andere Produkte ausweichen können, desto elastischer ist die Marktnachfrage in Bezug auf den Preis⁴³¹. Die Wirkungen der Nachfrageelastizität sind allerdings nicht unumstritten, denn ökonomisch gesehen hat die Nachfrage keinen Einfluss auf die Festsetzung des für kollusives Verhalten kritischen Grenzwertes (δ^*)⁴³². Wenn wir uns noch einmal das hier verwendete Grundmodell vor Augen führen, dann zeigt sich, dass Kollusion dann möglich ist, wenn sich der Diskontfaktor über $\frac{1}{2}$ bewegt, während kollusives Verhalten unter $\frac{1}{2}$ kaum aufrecht erhalten werden kann, da $\delta \geq \delta^* \equiv \frac{1}{2}$. Daraus ergibt sich, dass die Nachfrageelastizität demnach grundsätzlich keinen Einfluss darauf hat, ob kollusives Verhalten aufrecht erhalten werden kann oder nicht⁴³³. Wäre dieser Schluss aber wirklich so klar, wie er auf den ersten Blick erscheint, so bestünde kein Platz für Meinungsverschiedenheiten. Diese bestehen nun aber, und zwar aus folgendem Grund: Wenn auch die Nachfrageelastizität keinen Einfluss auf den kritischen Grenzwert hat, so besteht doch immerhin ein Zusammenhang zwischen der Elastizität und dem Preis, den die kollusiv handelnden Unternehmen auf dem relevanten Markt festsetzen können. Dies ist darauf zurückzuführen, dass die Unternehmen die durch den höheren Preis resultierenden höheren Margen mit der sinkenden Nachfrage abwägen müssen. Dabei hat die sinkende Nachfrage ihren Grund in der erhöhten Attraktivität von Substitutionsprodukten, wenn der Preis entsprechend steigt⁴³⁴. Geht man nun davon aus, dass die Elastizität mit steigendem (absolutem) Preis zunimmt und die Unternehmen den Preis gerade dort festsetzen, wo die Nachfrage elastisch wird⁴³⁵, so zeigt sich, dass die

429 Bei heterogenen Märkten hingegen verringert die Produktdifferenzierung und damit die niedrigere Preiselastizität, die höhere Preisnachlässe verlangt, den Anreiz, von kollusiven Verhaltensweisen abzuweichen; vgl. hierzu BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 69.

430 WAGNER-VON PAPP, Marktinformativverfahren, S. 216, der zu Recht darauf hinweist, dass es sich hierbei um den hypothetischen Wettbewerbspreis handelt und nicht um den tatsächlich geforderten, allenfalls kollusiven, Preis; hiervon geht auch POSNER, Antitrust Law, S. 71, aus: »Inelastic demand at competitive price« (Hervorhebung durch den Verfasser).

431 KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 20.

432 Vgl. zum Begriff oben Ziff. 3.2.2.

433 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 50.

434 WAGNER-VON PAPP, Marktinformativverfahren, S. 216.

435 POSNER, Antitrust Law, S. 11, erklärt dies damit, dass der Monopolist keinen Anreiz hat, den Preis dort anzusetzen, wo die Nachfrage auf jeden Fall noch unelastisch ist, da er an diesem Punkt den Preis noch weiter erhöhen könnte, ohne einen prozentual ebenso hohen Rückgang der Nachfrage befürchten zu müssen.

Elastizität der Nachfrage insofern relevant ist, als dass der Preis, den die kollusiv agierenden Unternehmen auf einem bestimmten Markt festsetzen können, bei unelastischer Nachfrage höher ist als bei elastischer⁴³⁶. Können sie aber einen höheren Preis halten, so erhöht sich auch der Wert zukünftiger (kollusiver) Profite, weshalb kollusives Verhalten einfacher aufrecht zu erhalten ist⁴³⁷.

3.3.5. Weitere Faktoren

Soeben wurden die wichtigsten Kriterien besprochen, die bei der Beantwortung der Frage, ob kollusives Verhalten aufrecht erhalten werden kann, in der Ökonomie hinzugezogen werden. Es handelt sich hierbei um jene Kriterien, denen in der ökonomischen Literatur am meisten Einfluss auf die Kollusion zugesprochen wird⁴³⁸. Nichtsdestotrotz sind weitere Faktoren denkbar, die kollusives Verhalten bzw. dessen Aufrechterhaltung beeinflussen könnten. Diese weiteren Kriterien sind zum Beispiel strukturelle Verbindungen bzw. Verflechtungen und Kooperationen zwischen den beteiligten Unternehmen, das Vorhandensein eines so genannten »Mavericks« (Aussenseiter, Einzelgänger) auf dem Markt und Netzwerkeffekte.

Alle diese Kriterien können die Möglichkeit zur Aufrechterhaltung von kollusivem Verhalten auf die eine oder andere Art beeinflussen. Verflechtungen zwischen den Unternehmen, beispielsweise (gegenseitige) Beteiligungen beim Kapital, reduzieren mögliche kurzfristige Gewinne. Jointventures erweitern die Möglichkeiten zur Vergeltung, indem als Vergeltungsmassnahme weniger investiert wird. Aber selbst wenn solche strukturellen Verbindungen nicht vorhanden sind, sondern lediglich einfachere Abreden zwischen den entsprechenden Unternehmen bestehen, kann kollusives Verhalten beeinflusst werden, indem diese Abreden dazu benützt werden, um gleichzeitig strategische Unsicherheiten zu beseitigen. Zu denken ist weiter an Unternehmen, die aus bestimmten Gründen Verträge miteinander abschliessen müssen, wie beispielsweise in der Telekommunikationsbranche bezüglich der »letzten Meile«. Solche Verträge bergen das Risiko, dazu verwendet zu werden, um einerseits Vergeltungsmassnahmen durchzuführen, andererseits aber auch, um höhere Preise festzusetzen – Gleiches gilt für Marketing-Verträge⁴³⁹. Schliesslich ist, wie erwähnt, auch an das Auftauchen

436 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 68 f.

437 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 216; POSNER, Antitrust Law, S. 71; IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIROLE, Economics of Tacit Collusion, S. 52; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 69.

438 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIROLE, Economics of Tacit Collusion, S. 50.

439 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIROLE, Economics of Tacit Collusion, S. 54.

oder das Vorhandensein eines »Mavericks« auf dem relevanten Markt zu denken. Unter einem Maverick versteht man ein Unternehmen, das aufgrund seiner Eigenschaften (zum Beispiel bei den Kosten, dem Produkt oder bei der Produktion) ganz anders auf dem Markt auftreten kann als die übrigen Unternehmen und daher oftmals nicht gewillt ist, den kollusiven Preis zu verlangen bzw. Teil des kollusiven »Gebildes« zu sein⁴⁴⁰. Als Beispiel hierfür kann die Airline-Branche dienen. Noch vor einigen Jahren war sie geprägt von grossen, teilweise staatlichen Anbietern, die neben dem eigentlichen Fluggeschäft oftmals weitere Dienstleistungen (Schalterbetrieb, Reisebüros, Hotels, usw.) erbrachten und deshalb mit hohen Kosten konfrontiert waren. Das Internet eröffnete neuen Anbietern (so genannten Billig-Fluglinien) die Möglichkeit, elektronisch mit Kunden auf der ganzen Welt in Kontakt zu treten und Abschlüsse einfach – elektronisch – und schnell abzuwickeln, ohne hierfür zusätzliches Personal anstellen und weitere Räumlichkeiten mieten zu müssen. Das Resultat sind wesentlich tiefere Kosten und damit ein attraktiverer Preis.

3.3.6. Abhängigkeiten zwischen den verschiedenen Kriterien

Es ist durchaus sinnvoll, jedes einzelne Kriterium isoliert bzw. für sich zu betrachten. In Wirklichkeit stehen sie jedoch in einem bestimmten Abhängigkeitsverhältnis zueinander. Wie gezeigt, erschweren asymmetrische Kostenstrukturen kollusives Verhalten. Das Gleiche gilt auch für asymmetrische Marktanteile. Diese beiden Kriterien können nun insofern zusammenhängen, als dass unterschiedliche Marktanteile ihren Grund gerade in unterschiedlichen Kostenstrukturen haben können⁴⁴¹. Diese Abhängigkeit wirkt sich in diesem Fall nicht weiter aus, da kollusives Verhalten in jedem Fall erschwert wird. Anders präsentiert sich die Situation aber dann, wenn es um das Verhältnis zwischen Eintrittsbarrieren und Nachfrageschwankungen bzw. Marktphase geht. Sind die Markteintrittsschranken hoch, wird kollusives Verhalten grundsätzlich wahrscheinlicher, da der Wert zukünftiger Gewinne mangels möglicher Eintritte grösser wird. Sind die Schranken hingegen tief, wird es schwieriger, Kollusion aufrecht zu erhalten, da der Wert künftiger Profite durch mögliche Eintritte verringert wird. Weiter könnte man davon ausgehen, dass kollusives Verhalten wahrscheinlicher wird bei steigender Nachfrage, da damit zukünftige Profite grösser werden. Ist die steigende Nachfrage hingegen auf die weitere Erschliessung des Marktes zurückzuführen, so werden Abweichungen wahrscheinlicher. Eine steigende Nach-

440 Zu diesen Kriterien vgl. insb. IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIROLE, *Economics of Tacit Collusion*, S. 53 ff.

441 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIROLE, *Economics of Tacit Collusion*, S. 15.

frage bewirkt zudem, dass Eintritte wahrscheinlicher werden, da neue Unternehmen ebenfalls ihr Stück vom Kuchen abschneiden wollen. Möglich ist aber auch, dass die Markteintrittsschranken derart hoch sind, dass trotz steigender Nachfrage kollusives Verhalten möglich ist bzw. bleibt. Das soeben Gesagte führt nun aber nicht etwa dazu, dass die dargelegten Kriterien nicht angewendet werden könnten. Vielmehr sind ihre Beziehungen zueinander im Einzelfall zu prüfen und es ist schliesslich im Sinne einer Gesamtwürdigung ein Urteil zu fällen⁴⁴². Darauf wird noch zurückzukommen sein⁴⁴³. Bevor nun auf die Erkenntnisse für den Informationsaustausch eingegangen wird, sei an dieser Stelle im Sinne eines Exkurses auf neuere Tendenzen in der Industrieökonomik eingegangen.

4. Neuere Ansätze

4.1. Das Axiom rationalen Verhaltens: Evolutorische Spieltheorie

Unter Ziff. 3.3.2. wurde dargelegt, welche »Grundformel« der Spieltheorie hinsichtlich kollusiven Verhaltens zugrunde liegt. Bei ihrer Verwendung können die soeben erwähnten Schlussfolgerungen gemacht werden. Ein entsprechender Schluss darf allerdings nur dann gezogen werden, wenn die Grundannahmen tatsächlich gegeben sind. Vorausgesetzt werden muss daher, dass sich das handelnde Unternehmen für den zukünftigen oder aber den kurzfristigen Gewinn entscheidet, weil dies rational den besten Weg darstellt. Ist diese Rationalitätsannahme aber realistisch? Welche Beweggründe könnten neben der Rationalität in strategischen Entscheidungssituationen ebenso von Bedeutung sein?

Wird davon ausgegangen, dass weitere, allenfalls irrationale und damit äusserst individuelle Faktoren zu berücksichtigen sind, so muss ernsthaft bezweifelt werden, ob es überhaupt möglich ist, den Weg einer allgemeinen Oligopoltheorie zu gehen. Einen Ausweg aus dem Dilemma scheint ein relativ junges Gebiet der Ökonomie zu bieten: die evolutorische Spieltheorie⁴⁴⁴. Während die »klassische« Spieltheorie davon ausgeht, dass Gleichgewichte und damit Strategien als ein rationaler Denkvorgang von Anfang an bestehen bzw. sich automatisch einstellen, versteht die evolutorische Spieltheorie eine solche Strategie als Produkt eines allmählichen Lernprozesses⁴⁴⁵. Die evolutorische Spieltheorie geht demnach davon

442 Ähnlich KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 10.

443 Siehe nachfolgend § 15 und 16.

444 KANDORI/MAILATH/ROB, Learning, S. 29; vgl. auch YOUNG, Individual learning, S. 652 ff.

445 AMSTUTZ, Oligopol, S. 210.

aus, dass erfolgreiche Strategien häufiger angewendet werden als erfolglose. Grundlage für diese Annahme bildeten darwinistische Arbeiten von Biologen im Bereich der evolutischen Spieltheorie⁴⁴⁶. Ausgangspunkt ist zunächst einmal die Feststellung, dass die Zerteilung Spieler/Strategie aufgegeben und der Spieler mit seiner Strategie als Einheit betrachtet wird⁴⁴⁷. Den Modellen können vier Mechanismen entnommen werden: Die natürliche Selektion, die Imitation, die Erfahrung und die »best response«-Dynamik⁴⁴⁸. Von diesen Mechanismen sind vor allem zwei von besonderer Bedeutung: Die Erfahrung, bzw. das Bekräftigungslernen⁴⁴⁹, und die Imitation. Bei der Imitation werden erfolgreiche Strategien kopiert und beim Bekräftigungslernen wird eine Strategie wieder gewählt, wenn sie in der Vergangenheit zu einem guten Ergebnis geführt hat⁴⁵⁰. Schlechte bzw. erfolglose Strategien sterben daher mit der Zeit aus. Die Erkenntnis daraus ist im Wesentlichen, dass (Verhaltens-)Anpassungen im Oligopol als Angleichungsprozess im Sinne eines dynamischen Lernprozesses verstanden werden kann, ohne dass es hierzu rationaler Entscheidungen im Sinne der bisherigen spieltheoretischen Auffassung bedarf⁴⁵¹. Dies wiederum erlaubt die Untersuchung der Frage, ob Kollusion auf die erwähnte Art eine erfolgreiche Strategie ist⁴⁵².

4.2. Verhaltenspsychologie und Behavioral Economics

Die Offenheit der ökonomischen gegenüber anderen Theorien ist nicht nur bei der evolutischen Spieltheorie bemerkenswert. Immer mehr finden sich auch psychologische Ansätze, die in ökonomischen Modellen Beachtung finden. In erster Linie geht es im Rahmen der Verhaltenspsychologie, ähnlich wie bei der evolutischen Spieltheorie, um die Aufgabe bzw. die Lockerung des homo-oeconomicus-Prinzips im Sinne des rational-egoistischen Maximierers⁴⁵³. Zwischenmenschliche Faktoren sollen unter den Stichworten Reziprozität und Fairness Einzug in ökonomische Modelle halten. Zwischenmenschliche Beweggründe können für bestimmte Entscheidungen bereits aufgrund der persönlichen Er-

446 Vgl. KANDORI/MAILATH/ROB, Learning, S. 29 f., die diese Entwicklung als »Versuch und Irrtum«-Prozess (»trial-and-error«) bezeichnen.

447 AMSTUTZ, Oligopol, S. 211.

448 Einen Überblick hierzu bietet YOUNG, Individual learning, S. 654 f.

449 AMSTUTZ, Oligopol, S. 213, bezeichnet diesen Vorgang auch als »Experimentieren«.

450 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 48.

451 Selbstverständlich kann auch der Entscheid »diese Strategie war erfolgreich, deshalb übernehme ich sie« als rational bezeichnet werden.

452 AMSTUTZ, Oligopol, S. 213, der allerdings nicht von Kollusion, sondern von »gleichförmigem Verhalten« spricht.

453 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 124 ff.

fahrungen eines jeden Einzelnen nicht ausgeschlossen werden. Zwar dürften viele Menschen bestrebt sein, ihre Entscheidungen aufgrund rationaler Kriterien zu treffen. Immer aber bewegen sich diese Akteure innerhalb eines sozialen Geflechts, in dem es um mehr als bloße Gewinnmaximierung geht. Vielmehr berücksichtigt der Entscheidende neben dem beruflichen Erfolg auch das private bzw. soziale Ansehen. Oftmals wird deshalb auch das Beispiel des Managers erwähnt, der samstags beim Golfen auf dem Green nicht derjenige unter den Spielern sein will, der den Markt ruiniert⁴⁵⁴. Doch auch der moralisch-ethische Hintergrund einer Person scheint beachtungswürdig zu sein, wenn es beispielsweise darum geht, Vertrauenswürdigkeit, Verlässlichkeit oder auch Ernsthaftigkeit zu beweisen.

Das sozial-berufliche Geflecht ist deshalb entscheidend für strategische Entscheidungssituationen. In Märkten mit vielen Akteuren ist dieses Geflecht weniger engmaschig, mithin anonymer, weshalb sich egoistische Interessen eher verfolgen lassen⁴⁵⁵. Hingegen beruht bei weniger anonymen »Marktgegebenheiten« das Verhalten der Spieler wesentlich auf Gegenseitigkeit (»Reziprozität«). Diese Gegenseitigkeit kann dazu führen, dass Kooperation gefördert wird, da die psychologische Tendenz besteht, auf ein Kooperationsangebot nicht mit opportunistischem Verhalten zu reagieren, wobei gleichzeitig die Drohung der Bestrafung solchen Verhaltens glaubhafter wird⁴⁵⁶. Werden zudem Fairness-Gedanken beispielsweise bei der Festsetzung des Angebots berücksichtigt, so zeigt sich, dass in Experimenten Resultate erzielt werden, insbesondere kooperatives Verhalten, die den spieltheoretischen Vorhersagen widersprechen⁴⁵⁷. Wohl dürfte die Übertragung des »Reziprozitätsgedankens« auf unternehmerische Entscheidungssituationen nicht ohne Weiteres zulässig sein, erscheint das diesem Gedanken zugrunde liegende psychologische Phänomen doch zu komplex und zu einzelfallbezogen, als dass es vorbehaltlos angewendet werden könnte. Noch schwieriger wird es zudem, wenn die *allgemeine Definition* der Rationalität hinterfragt und eine *einzelfallbezogene* Rationalität festgesetzt wird.

454 Vgl. WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 126, m.w.V.

455 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 49.

456 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 126 f.

457 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 50.

§ 11 Erkenntnisse für den Informationsaustausch

1. Ausgangslage

1.1. Vorbemerkung: Informationsaustausch als Instrument für und gegen den Wettbewerb

Idealerweise sind Unternehmen einem stetigen Wettbewerb ausgesetzt. Ideal ist dies insofern, als dass der Markt von den konkreten Wirkungen bzw. Funktionen des Wettbewerbs profitieren kann (Entdeckungs- bzw. Fortschrittsfunktion, Koordinationsfunktion, Allokationsfunktion, usw.)⁴⁵⁸. Das gilt insbesondere für die Marktgegenseite, also die Nachfrager. Wettbewerb verlangt von den Unternehmen aber andauernde Aufmerksamkeit und den Willen, das eigene Produkt weiterzuentwickeln oder neue zu kreieren. Fortwährender »Kampf« ist anstrengend, weshalb die Unternehmen versucht sein könnten, die Intensität des Kampfes, das heisst den Wettbewerb, auf ein lockeres »Training« zu reduzieren, allenfalls sogar ganz aufzugeben⁴⁵⁹. Diese Aufgabe kann mittels einer expliziten Abrede erfolgen, die jedoch von den an der Abrede beteiligten Unternehmungen überwacht werden muss. Allerdings ist es für eine Beschränkung des Wettbewerbs nicht immer nötig, eine explizite Abrede zu treffen. Gerade in oligopolistischen Märkten hat sich gezeigt, dass auch ohne eine solche Vereinbarung eine Beschränkung des Wettbewerbs feststellbar sein kann. Ausführlich wurde deshalb auch dargelegt, welche grundsätzlichen Kriterien bei der Frage zu prüfen sind, ob kollusives Verhalten (im Sinne einer Beschränkung des Wettbewerbs) zu befürchten ist bzw. ob ein solches auf einem entsprechenden Markt aufrecht erhalten werden kann. In diesem Abschnitt steht daher die Frage im Zentrum, wie der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern im Kontext oligopolistischer Märkte und damit ökonomisch zu würdigen ist. Es geht also darum, anhand der dargelegten Ergebnisse zu untersuchen, welche Wirkungen der Austausch von Informationen auf den Wettbewerb auf oligopolistischen Märkten haben kann.

Vorweg aber fragt sich, welche Informationen zwischen Wettbewerbern überhaupt ausgetauscht werden (können). Denkbar sind sowohl Informationen über gegenwärtiges und vergangenes Verhalten, daneben aber natürlich auch solche über zukünftiges. Im ersten Bereich sind beispielsweise Informationen über Kunden, Preise, Kosten und Nachfrage zu nennen. Sie werden gemeinhin als »*hard information*« bezeichnet, weil sie überprüfbar sind. Als Informationen über zukünftiges Verhalten sind geplante Preise, Produktion, neue Produkte oder Kapa-

458 Vgl. ZÄCH, Kartellrecht, S. 10 ff., für eine Übersicht über die wirtschaftlichen Funktionen des Wettbewerbs.

459 Hierzu auch HAUPT, Kollektive Marktbeherrschung, S. 27, m.w.H.

zitätserweiterungen zu erwähnen⁴⁶⁰. Wenn nachfolgend von Informationen die Rede ist, so ist stets von diesen Beispielen auszugehen. Erst im rechtlichen Teil wird allerdings darauf einzugehen sein, inwiefern die Art der Information bei der Beschränkung des Wettbewerbs tatsächlich eine Rolle spielen kann. Generell steht die Beseitigung von strategischen Unsicherheiten im Zentrum. Unsicherheiten also, die sich auf die Strategie eines Unternehmens auswirken und damit dessen Effizienz beeinflussen können. Wettbewerber tauschen demnach insbesondere Informationen aus, um die Effizienz zu fördern oder aus anderen strategischen Gründen, sei dies nun um die Wettbewerber zu beeinflussen oder eben: um kollusives Verhalten aufrecht erhalten zu können⁴⁶¹. Je nach dem fördert dies also den Wettbewerb oder bewirkt gerade das Gegenteil.

1.2. Gliederung

Zunächst soll ein Überblick darüber gegeben werden, wie sich die ökonomische Literatur bezüglich der Beziehung zwischen Informationsaustausch und Kollusion gliedert. Grundsätzlich muss auch hier die Unterscheidung zwischen Erkenntnissen aus statischen und solchen aus dynamischen Modellen gemacht werden. Wie bei der Darstellung zur Spieltheorie, wird auch nachfolgend insbesondere auf die Erkenntnisse aus dynamischen Modellen fokussiert. Dabei wird stets zwischen dem Austausch so genannter »*private information*« und »*public information*« unterschieden, das heisst zwischen Informationen, welche nur einem Unternehmen zur Verfügung stehen, mithin private bzw. unternehmensspezifische Informationen (z.B. individuelle Kosten), und solchen, die aus dem Markt hergeleitet werden können und daher öffentlich sind (z.B. Marktnachfragefunktion). Schliesslich ist auch zu beachten, welche Informationen ausgetauscht werden bzw. wo ein Mangel an Informationen besteht. Hier hat sich die Unterscheidung zwischen Kosten- und Nachfrageunsicherheit herauskristallisiert⁴⁶².

460 VIVES, Information Sharing among Firms, S. 1.

461 VIVES, Information Sharing among Firms, S. 1.

462 Vgl. auch HORNIG, Informationsaustausch und trotzdem Wettbewerb, S. 1.

2. Informationsaustausch in statischen Modellen

2.1. Zusammenfassung der Erkenntnisse

2.1.1. Allgemeines

Die Untersuchungen des Informationsaustauschs gestützt auf statische Modelle hatten häufig die Fragestellung zum Gegenstand, unter welchen Bedingungen Unternehmen einen Anreiz haben, Informationen spontan auszutauschen, dies unter Ausblendung des Kollusionsrisikos. Erkenntnisinteresse dieser Studien war demnach herauszufinden, ob unter bestimmten Bedingungen individuelle Anreize, spontan Informationen weiterzugeben, ausreichen können, ohne dass kollusive Absichten vorhanden wären, sondern nur deshalb, weil es für das weitergebende Unternehmen profitabel sein könnte⁴⁶³. Ein Unternehmen benützt verschiedene Informationsquellen für seine Entscheidungen. Zum einen entnimmt es gewisse – wenn auch oftmals ungenaue – Informationen direkt aus dem Markt, beispielsweise durch Marktbearbeitung und -beobachtung. Zum anderen erhält es Informationen möglicherweise direkt von Konkurrenten, die sich wiederum unterschiedlicher Quellen bedienen. Wenn Unternehmen also Informationen austauschen, so fragt sich stets auch, wie genau diese Informationen sind.

2.1.2. Cournot-Wettbewerb

Die ersten Studien waren in ihren Schlussfolgerungen äusserst bestimmt. So erklärte beispielsweise CLARKE, dass auf einem Markt, auf dem Cournot-Wettbewerb herrsche, Informationsaustausch nicht vorkomme⁴⁶⁴. Dies führte er darauf zurück, dass der Gewinn eines Unternehmens höher ist, wenn es eine bestimmte Information nicht austauscht. Zwar hat der Austausch die Wirkung, dass die Unternehmen ihre Produktionsmenge genauer an die tatsächliche Nachfrage anpassen können⁴⁶⁵, auf der anderen Seite führt verbesserte Information aller Wettbewerber aber dazu, dass jede Produktionsmenge in eine bestimmte Richtung angepasst wird⁴⁶⁶. GAL-OR erklärt dies anhand des Beispiels, bei welchem Oligopolisten das Signal eines Nachfragerückgangs beobachten. Hier verhindert der Austausch genauer Informationen, dass die Unternehmen überproduzieren. Wird jedoch das Signal einer wachsenden Nachfrage beobachtet, so führt der Aus-

463 WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren, S. 68.

464 CLARKE, Information Sharing, S. 392.

465 Vgl. hierzu auch KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. II.

466 WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren, S. 69.

tausch von entsprechenden Informationen dazu, dass die Unternehmen nicht unterproduzieren⁴⁶⁷. Überproduktion ist für das die Informationen liefernde Unternehmen insofern negativ, als dass durch die gleich bleibende Angebotsmenge bei sinkender Nachfrage der Preis reduziert werden muss, um das produzierte Angebot absetzen zu können. Dies führt zu einem kleineren Profit. Der Austausch von diesbezüglichen Informationen wäre in diesem Fall aus der Sicht der beteiligten Unternehmen wünschenswert. Bei Unterproduktion hingegen stellt sich die Situation anders dar. Beobachtet ein Unternehmen eine steigende Nachfrage, so würde der Austausch dieser Information dazu führen, dass alle Unternehmen ihre Produktion ausweiten. Dies aber ist nicht im Interesse des Unternehmens, das die Information besitzt. Verzichtet das Unternehmen nämlich auf deren Weitergabe, so könnte es – entsprechende Kapazitäten vorausgesetzt – alleine von der steigenden Nachfrage profitieren. CLARKE wies darauf hin, dass kein Unternehmen spontan Informationen weitergeben würde, wenn keine genauen Marktdaten vorhanden seien bzw. sich ein Unternehmen ex ante, das heisst zum voraus, auf Information oder Nichtinformation festlegen müsse, da mögliche negative Effekte einer Produktionsausweitung durch die Wettbewerber die positiven Effekte im Fall einer Produktionsreduktion überwiegen würden⁴⁶⁸. Im Ergebnis stellten diese Studien daher fest, dass es für Unternehmen bei Cournot-Wettbewerb weniger profitabel sei, Informationen auszutauschen, sofern sie sich hierzu zum voraus entscheiden müssten.

Diese Studien, oder besser gesagt der Wert ihrer Erkenntnisse, wurden jedoch schon bald relativiert, und zwar vor allem deshalb, weil sie zwar bei Unsicherheit bezüglich der Nachfragefunktion zutrafen, nicht jedoch bei Unsicherheit hinsichtlich der Kosten der Wettbewerber⁴⁶⁹. Besteht für ein Unternehmen ein Anreiz, spontan seine Kostenfunktion offen zu legen? Beantwortet werden kann diese Frage anhand der beiden Begriffe »*direct adjustment*« und »*counter adjustment*«, wie dies von FRIED ausgeführt wurde⁴⁷⁰. Auch hier geht es um Anpassungseffekte, wobei diese nun aber die Kosten der Wettbewerber betreffen. Im Gegensatz zur Produktionsanpassung bei Unsicherheit bezüglich der Nachfragefunktion überwiegen die positiven Effekte bei einer Produktionsanpassung auf-

467 GAL-OR, Information Sharing in Oligopoly, S. 329.

468 GAL-OR, Information Sharing in Oligopoly, S. 329; CLARKE, Information Sharing, S. 391 ff.; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 69. Der Grund für das Überwiegen des möglichen negativen Effektes ist darin zu sehen, dass die Differenz zwischen Über- und Unterproduktion zwar gleich hoch ist, der Preis jedoch bei höherer Nachfrage und etwa gleich bleibender Produktion höher ausfallen würde.

469 Die Unterscheidung ist insofern wichtig, als dass die unsichere Nachfragefunktion alle Unternehmen zum Beispiel in ihrem Gewinn gleichermassen betrifft. Bei den Kosten ist dies nicht der Fall, vgl. GAL-OR, Information Transmission, S. 85.

470 FRIED, Incentives for Information Production and Disclosure, S. 377.

grund des Austauschs von Kosteninformationen. Zusammengefasst liegt dieser Aussage die Situation zugrunde, in welcher ein Unternehmen niedrige Kosten hat, diese Information an ein anderes Unternehmen weitergibt und gleichzeitig die Produktionsmenge erhöht, was eine erste Anpassung bedeutet. Würde das erste Unternehmen die entsprechende Information nicht weitergeben, so gingen die Wettbewerber – naturgemäss – wohl von durchschnittlichen Kosten und damit auch von einer niedrigeren Produktionsmenge aus. Gestützt auf diese Annahmen würden sie ihrerseits die Produktionsmenge erhöhen. Sie würden daher mehr produzieren, als wenn sie von den niedrigen Kosten des Konkurrenten Kenntnis hätten – was sich für das Unternehmen mit den niedrigen Kosten negativ auswirkt. Der Anreiz dieses Unternehmens, seine niedrigen Kosten bekannt zu geben, ist daher nachvollziehbar, da es dadurch seine Konkurrenten veranlassen kann, auf die soeben genannte Erhöhung der Produktion zu verzichten bzw. weniger zu produzieren⁴⁷¹. Dies hat FRIED als Gegenanpassung bzw. »counter adjustment« bezeichnet⁴⁷².

In diesem Fall besteht daher grundsätzlich ein Anreiz für die Unternehmen, bei Cournot-Wettbewerb entsprechende Informationen spontan weiterzugeben bzw. auszutauschen. Dies gilt jedoch in erster Linie dann, wenn die Kostenfunktion unternehmensspezifisch ist, mithin ein »private value«, nicht aber dann, wenn die Kostenfunktionen der betreffenden Unternehmen korrelieren und damit so genannte »common values« sind⁴⁷³. Dies ist dann der Fall, wenn – beispielsweise in einem Duopol – beide Firmen unsicher bezüglich ihrer eigenen Kostenfunktion sind, jedoch die Kosteninformation des einen Unternehmens Rückschlüsse auf diejenige des anderen zulässt. Korrelieren die Kostenfunktionen der beiden Firmen, so entfaltet eine mögliche Informationsweitergabe eine ganz andere Wirkung. Während bei der Weitergabe der unternehmensspezifischen Information tiefer Kosten eine Produktionssenkung stattfindet, erfolgt bei den so genannten »common values« eine Steigerung der Produktion, da die Information »tiefe Kosten« des einen Unternehmens gleichzeitig auch bedeutet, dass das andere ebenfalls tiefe Kosten hat (Korrelation), weshalb dieses die produzierte Menge erhöht. Die Unternehmen haben unter diesen Umständen keinen Anreiz,

471 Vgl. WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 70 f., mit einer ausführlichen Darstellung des dieser Erkenntnis zugrunde liegenden Problems. WAGNER-VON PAPP zeigt gleichzeitig auch, dass sich das Ergebnis nicht verändert, wenn das erste Unternehmen hohe Kosten feststellt bzw. kommuniziert. Grund dafür ist der »ex ante«-Entscheid des Unternehmens, entsprechende Informationen weiterzugeben, da dies unter Berücksichtigung beider Varianten mit ihren Effekten als profitabler erscheint. Ein weiterer Grund ist derjenige der Entwirrung (»unraveling«). Vgl. hierzu BAIRD/GERTNER/PICKER, Game Theory and the Law, S. 89 f., insb. S. 90, mit dem Beispiel eines Verkäufers von Äpfeln.

472 FRIED, Incentives for Information Production and Disclosure, S. 377.

473 Man spricht dabei auch von »gemeinsamen Parametern«.

entsprechende Informationen spontan auszutauschen oder gar einseitig weiterzugeben⁴⁷⁴.

2.1.3. Bertrand-Wettbewerb

Nachdem nun gezeigt wurde, dass unter gewissen Umständen bei Cournot-Wettbewerb durchaus ein spontaner Anreiz für ein Unternehmen besteht, Informationen auszutauschen oder gar einseitig weiterzugeben, fragt sich, wie es sich verhält, wenn auf dem entsprechenden Markt Bertrand-Wettbewerb herrscht. Tatsächlich haben Studien ergeben, dass sich die Situation bei Bertrand- bzw. Preiswettbewerb gerade gegenteilig darstellt, sich mithin spiegelbildlich verhält. Mit anderen Worten: Dort, wo die Unternehmen bei Cournot-Wettbewerb einen Anreiz zu einem spontanen Informationsaustausch haben, fehlt ein solcher bei Bertrand-Wettbewerb – und umgekehrt⁴⁷⁵.

2.1.4. Fazit

Sowohl bei Bertrand- als auch bei Cournot-Wettbewerb können demnach Situationen vorliegen, in denen für Unternehmen ein Anreiz besteht, Informationen auszutauschen oder einseitig weiterzugeben. Bei Cournot-Wettbewerb ist dies beispielsweise bei Informationen hinsichtlich individueller Kosten der Fall (*»private values«*), bei Bertrand-Wettbewerb dagegen hinsichtlich der Marktnachfragefunktion (*»common values«*). Besteht kein solcher Anreiz, bestünde der Verdacht auf kollusives Verhalten⁴⁷⁶. Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass Untersuchungen des Informationsaustauschs anhand statischer Modelle ergeben haben, dass es viele Gründe für Unternehmen gibt, Informationen auszutauschen. So ist es möglich, dass sie aus gänzlich egoistischen Gründen ihren Wettbewerbern Informationen liefern, ohne dass dabei eine gemeinsame Gewinnmaximierung das Motiv wäre. Ein solcher Austausch kann daher aufgrund der genannten Anreize nicht ohne Weiteres als Beweis für kollusives Verhalten betrachtet werden⁴⁷⁷. Oder anders ausgedrückt: Statische Modelle zeigen zwar auf, dass und allenfalls auch wann Unternehmen aus eigenem Antrieb Informa-

474 Tun sie es trotzdem, so könnte dies ein Hinweis auf kollusives Verhalten sein, vgl. zum Ganzen WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 72 f.

475 GAL-OR, Information Transmission, S. 85 ff.; KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 27.

476 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 74 f.

477 KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. III.

tionen weiterzugeben bereit sind. Indem aber je nach Konstellation auch ein gerade entgegen gesetztes Ergebnis erzielt werden kann, scheinen statische Modelle für die Hinzuziehung im Rahmen kartellrechtlicher Überlegungen wenig geeignet.

KÜHN/VIVES stellen unter dem Titel »Policy Conclusions from Static Models« fest: »A first lesson to draw from the static models is that the presence of information sharing itself need not be seen as *prima facie* evidence for collusion.«⁴⁷⁸ Bezüglich der wettbewerbspolitischen und -rechtlichen Relevanz dieser Erkenntnisse müssen ohnehin Vorbehalte angebracht werden. Zum einen ist es nicht einfach, in der Praxis die Art des Wettbewerbs festzustellen. Zum anderen gibt es weitere Faktoren, die einen Einfluss auf mögliche Anreize haben können, beispielsweise der quadratische Kostenkoeffizient (keine konstanten Grenzkosten) oder die Risikoaversion, bei welcher Unternehmen Verluste stärker gewichten als Gewinne⁴⁷⁹.

2.2. Exkurs/Ausblick: »Welfare Effects«

Auch wenn die Möglichkeit kollusiven Verhaltens nicht Thema statischer Modelle ist, so kann trotzdem danach gefragt werden, welche Wirkung ein möglicher Informationsaustausch haben kann. Oftmals wird dies unter dem Titel »Welfare Effects« behandelt, da untersucht wird, ob neben den Unternehmen auch die *Allgemeinheit* bzw. die Konsumenten einen Profit aus diesem Austausch haben könnten⁴⁸⁰. Die Gesamtwohlfahrt setzt sich dabei aus Konsumenten- und Produzentenwohlfahrt zusammen⁴⁸¹. Untersuchungen von KÜHN/VIVES zeigen, dass der Austausch von Informationen tatsächlich einen positiven Einfluss auf die Gesamtwohlfahrt haben kann, wobei zwischen der Art der Information und des vorherrschenden Wettbewerbs zu unterscheiden ist⁴⁸². Jedoch können auch wohlfahrtsmindernde Effekte auftreten. Neben möglichen Signalverzerrungen, das heisst der Verfälschung von Signalen (Informationen) aus strategischen Gründen, ist aber vor allem auch das – in den statischen Modellen aus-

478 KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. III.

479 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 75, m.w.V.

480 KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. II und S. 37; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 78 ff.

481 Unter Gesamtwohlfahrt (auch: ökonomische Wohlfahrt) wird gemeinhin der aggregierte Nutzen einzelner Individuen oder Gruppen verstanden. Es handelt sich somit um den ökonomischen Wohlstand der Bevölkerung. Die Konsumenten- und die Produzentenrente stellen die Summe über alle Renten (= Einkommen ohne *direkte* Gegenleistung) der Konsumenten bzw. Produzenten dar. Vgl. auch KOSTKA, Harte Kartelle, S. 44 ff.

482 KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 38.

geblendete – Kollusionsrisiko und damit dessen Effekt beachtlich, der selbst dort, wo eigentlich eine Wohlfahrtssteigerung zu erwarten wäre, zu einer entsprechenden Minderung führen kann. Zusammenfassend kann daher festgehalten werden, dass aus diesen Untersuchungen im Rahmen statischer Modelle kaum etwas abgeleitet werden kann, das wettbewerbspolitisch zu beachten wäre⁴⁸³. Nachfolgend wird es daher darum gehen zu prüfen, wie der Austausch von Informationen gestützt auf dynamische Wettbewerbsmodelle zu beurteilen ist.

3. Informationsaustausch in dynamischen Modellen unter Berücksichtigung neuerer Ansätze

3.1. Vorbemerkung

»Information pooling is good, if firms behave competitively, but shared information makes anticompetitive agreements easier to construct.«⁴⁸⁴ CLARKE, der, wie wir gesehen haben, seine Untersuchungen gestützt auf statische Modelle gemacht hat, zeigt mit diesem Satz, wo das genaue Problem liegt. Informationsaustausch – ökonomisch gesehen – stellt nicht grundsätzlich ein Problem dar und sollte daher auch nicht grundlegend verboten werden. Der Austausch von Informationen ist jedoch vor allem dann problematisch, wenn sich die am Austausch beteiligten Firmen wettbewerbsbeschränkend verhalten (wollen). Dann nämlich, so CLARKE, helfe der Informationsaustausch bei der Vereinbarung wettbewerbsbeschränkender Abreden⁴⁸⁵, was zum Beispiel zu überhöhten Preisen und daher einer Schlechterstellung der Konsumenten führen kann⁴⁸⁶.

Der zentrale Punkt bei der Aussage CLARKES ist allerdings, dass die Frage nach den Anreizen für einen spontanen Informationsaustausch nur solange interessant ist, als dass die Möglichkeit der Firmen zu kollusivem Verhalten ausgeblendet wird. CLARKE hielt daher fest, dass die Oligopolisten viele Anreize hätten, um miteinander zu kooperieren⁴⁸⁷. Es ist daher zwingend, mögliche Kollusion bei der Beurteilung des Austauschs von Informationen zu berücksichtigen

483 Diese Schlussfolgerung gilt einzig für den hier behandelten Informationsaustausch und damit zusammenhängende kartellrechtliche Implikationen. Denn beachtlich ist, dass gerade die neuere Industrieökonomie die Erhöhung der Gesamtwohlfahrt als alleinigen Massstab des Wettbewerbsrechts betrachtet, vgl. KOSTKA, Harte Kartelle, S. 44 ff.

484 CLARKE, Information Sharing, S. 383.

485 So auch KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. III.

486 Vgl. zur veränderten Ausgangslage hinsichtlich des Informationsaustauschs bei dynamischen Situationen auch MØLLGAARD/OVERGAARD, Transparency and competition policy, S. 106 ff.

487 CLARKE, Information Sharing, S. 384.

oder wenigstens bei der Interpretation oder Beurteilung von statischen Modellen die Nichtberücksichtigung der Kollusionsgefahr miteinzubeziehen⁴⁸⁸. Dynamische Modelle berücksichtigen genau diese Möglichkeit kollusiven Verhaltens und sind daher von höherer wettbewerbsrechtlicher Relevanz. KÜHN/VIVES betonen deshalb, dass es eine ziemlich alte Idee der Industrieökonomik und der Wettbewerbstheorie sei, dass Kollusion zwischen Firmen erreicht werden könne, weil diese wiederholt auf dem gleichen Markt miteinander agierten. Grundlegende Erkenntnis sei dabei, dass das Abweichen von einem kollusiven Preis durch den Wettbewerber in einer bzw. der Folgeperiode durch ein (allenfalls wiederholtes) Unterbieten des (neuen) Preises bestraft werde und somit in einen Preiskrieg führe.

Im Abschnitt über wiederholte Spiele wurde dargelegt, dass kollusives Verhalten insbesondere dann ein Gleichgewicht sein kann, wenn in späteren Perioden mit Vergeltung und Bestrafung des eigenen *cheats* durch die Konkurrenten zu rechnen ist. Langfristige Kollusion kann in diesem Fall ein stabiles Gleichgewicht darstellen und eine (kollusive) Preisfestsetzung zwischen den Oligopolisten ermöglichen⁴⁸⁹. Bedingung hierfür ist aber, dass allen Beteiligten klar ist, wie die Konkurrenten in den weiteren (Spiel-)Perioden vorgehen werden. Sie müssen also wissen, welche Strategie das Gegenüber verfolgt. Was hier angesprochen wird, ist das Problem der unvollständigen Information: Ein Spiel besteht in der Regel aus drei Elementen, nämlich den Spielern, den sich bietenden Strategien und den so genannten »*Payoffs*« (Auszahlungen). Wichtiger Bestandteil des Spiels bildet die Festlegung der Informationen, die ein Spieler haben kann. In der klassischen Spieltheorie wird zwischen perfekter und vollständiger Information unterschieden. Eine Information ist vollständig, wenn die Spieler nicht nur alle sich bietenden Strategien und die sich daraus ergebenden Auszahlungen, sondern auch den Kenntnisstand der anderen Spieler kennen. Perfekt ist die Information hingegen dann, wenn die Spieler wissen, welche Strategie der Konkurrent in der Vorperiode gewählt hat⁴⁹⁰.

Dass vollständige oder perfekte Information in der Wirklichkeit aber oftmals nicht vorliegen, scheint einleuchtend zu sein. Bei unvollständiger Information sehen sich die Unternehmen daher unter Umständen gezwungen, das Verhalten der Konkurrenten aus den öffentlich beobachtbaren Fakten, beispielsweise dem

488 WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren, S. 84 ff.

489 Vgl. oben § 10 Ziff. 2.2.4.c, mit den Hinweisen auf TIROLE, Industrieökonomik, S. 555; SHAPIRO, Oligopoly, S. 361 ff.; WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren, S. 101.

490 HOLLER/ILLING, Spieltheorie, S. 43 ff., insb. S. 44; BAIRD/GERTNER/PICKER, Game Theory and the Law, S. 8 und 9 f.; WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren, S. 107.

Marktpreis, abzuleiten⁴⁹¹. Unter *Ableiten* muss man sich das Folgende vorstellen: Ein Unternehmen möchte die Strategie seines (Annahme: einzigen) Konkurrenten kennen. Da es keine Möglichkeit gibt, sich direkt über diese Strategie auszutauschen, müssen die Unternehmen auf andere Informationen ausweichen. Am einfachsten ist es, Informationen zu beobachten, die frei erhältlich sind, beispielsweise auf dem Markt. Unternehmen können sich also dafür entscheiden, den Marktpreis zu beobachten, um Rückschlüsse auf die Strategie des Konkurrenten ziehen zu können. Der Preis wiederum reflektiert indirekt nun die vom anderen Unternehmen produzierte Menge und damit beispielsweise dessen Strategie im Hinblick auf ein mögliches Abweichen von der kollusiven Menge. Ähnlich verhält es sich, wenn das Unternehmen seinen eigenen Marktanteil beobachtet. Reduziert der (einzige) Konkurrent seinen Preis, so wird – sofern die Nachfrager die entsprechende Information haben – dessen Marktanteil zulasten des anderen steigen. Aus dem beobachtbaren Rückgang des Marktanteils lässt sich daher indirekt die Strategie des *Price Cuts* (gezieltes Unterbieten des kollusiven Preises) des Konkurrenten ableiten⁴⁹². Das soeben beschriebene Ableiten der Strategie aus öffentlich beobachtbaren bzw. sammelbaren Informationen funktioniert aber nur solange, als die (vermeintlich) abgeleitete Strategie die einzige Ursache des tieferen Preises bzw. Marktanteils ist. Dies ist jedoch oftmals nicht der Fall.

Die Realität sieht vielmehr so aus, dass nicht immer klar ersichtlich ist, welche Strategien die Wettbewerber verfolgen⁴⁹³. Kollusion wird in diesem Fall aber weniger attraktiv, da die Gefahr besteht, dass jenes Unternehmen, welches sich beispielsweise an den kollusiven Preis hält, über mehrere (Spiel-)Runden bzw. Perioden ein Abweichen durch die Wettbewerber nicht entdeckt und damit weniger absetzen kann (nämlich lediglich die geringere kollusive Menge oder noch weniger im Falle eines Nachfragerückgangs) als die anderen Unternehmen, die durch ein Abweichen vom kollusiven Preis bzw. von der kollusiven Menge eine grössere Nachfrage bedienen und somit mehr als die ursprüngliche Menge produzieren⁴⁹⁴. Sehen sich die kollusiv handelnden Unternehmen mit einem Rückgang ihrer Nachfrage konfrontiert⁴⁹⁵, so können sie allenfalls nicht klar bestimmen, ob diese Nachfrage auf eine Abweichung vom kollusiven Preis durch einen Wettbewerber oder aber auf einen generellen Rückgang der Nachfrage, insbe-

491 Vgl. zu dieser Problematik auch KANDORI/MATSUSHIMA, *Observation, Communication and Collusion*, S. 627 ff.

492 KANDORI/MATSUSHIMA, *Observation, Communication and Collusion*, S. 628.

493 HAUPT, *Kollektive Marktbeherrschung*, S. 21.

494 WAGNER-VON PAPP, *Marktinformationsverfahren*, S. 107.

495 Mit »ihrer Nachfrage« ist die unternehmensspezifische Nachfrage gemeint und nicht die gesamte Nachfrage. Man könnte daher auch sagen, ihr Produkt werde weniger nachgefragt.

sondere auf einen so genannten Nachfrageschock, zurückzuführen ist⁴⁹⁶. Hinzu kommt, dass schliesslich auch Unsicherheiten hinsichtlich der Auszahlungsmatrix (grafische Darstellung der – erwarteten – *payoffs*) bestehen können. Denn der eigene Gewinn hängt nicht nur von unternehmenseigenen Faktoren ab. Vielmehr muss das Unternehmen zudem auch die eigene Nachfrage berücksichtigen oder Annahmen über Gewinne der Konkurrenten treffen⁴⁹⁷. Aus dem Gesagten wird ersichtlich, dass der Austausch von Informationen entscheidende Wirkungen auf die Spielstruktur haben kann. Er macht es möglich, die Strategien der Wettbewerber besser vorherzusagen oder abzuleiten und eine genauere Auszahlungsmatrix erstellen zu können. Werden Abweichungen festgestellt, können die »Abweichler« zudem schnellstmöglich bestraft werden. Der Informationsaustausch zwischen Oligopolisten hilft damit, die obgenannten Unsicherheiten wenigstens teilweise zu beseitigen.

3.2. Beseitigung von Unsicherheiten

3.2.1. Trigger-Strategien

Zu den Ersten, die sich bei der Untersuchung des Austauschs von Informationen gestützt auf dynamische Modelle von den obgenannten Grundannahmen zu lösen versuchten, waren GREEN/PORTER. Sie führten unter Hinweis auf STIGLER⁴⁹⁸ hinsichtlich des bisher angenommenen Grads der »Informiertheit« aus, dass »[...] this perfection [is] an artifact of the certainty world in which these models are formulated«⁴⁹⁹, also das Produkt einer Welt voller Gewissheit sei. Sie widmeten sich daher einem anderen Modell, in welchem Schwankungen der Nachfrage durch die Firmen nicht direkt beobachtet werden konnten. Bei hohen Preisen geht ein Unternehmen davon aus, dass sich die übrigen Wettbewerber an die niedrigere zu produzierende Menge halten, während bei tiefen Preisen Cournot-Wettbewerb ausgelöst wird aufgrund der möglichen Vermutung, dass ein Wettbewerber von der kollusiven Menge bzw. vom kollusiven Preis abgewichen ist⁵⁰⁰. Da GREEN/PORTER sahen, dass diese »informationellen« Unsicherheiten bestehen, nahmen sie nun weiter an, dass sich die Unternehmen auf einen so ge-

496 Unter einem Schock versteht man eine überraschende und damit unvorhersehbare positive oder negative Änderung einer exogenen Variable, beispielsweise der Nachfrage. Vgl. zu dieser Unsicherheit auch WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 108.

497 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 111 f.

498 STIGLER, Oligopoly, S. 44 ff.

499 GREEN/PORTER, Noncooperative Collusion, S. 88.

500 GREEN/PORTER, Noncooperative Collusion, S. 89.

nannten »Trigger-Price« einigten⁵⁰¹. Fällt der durch die Unternehmen erzielte Preis unter diesen Trigger-Price, obwohl sich alle Beteiligten eigentlich hätten an den kollusiven Preis halten müssen, so kehren die Unternehmen zu Cournot-Wettbewerb zurück, dies jedoch nur für eine gewisse Zeit, welche – allenfalls – ebenso vereinbart wurde⁵⁰². GREEN/PORTER sahen somit verschiedene Phasen vor, wenn sich die Unternehmen auf eine Trigger-Strategie einigen konnten. Diese Strategie, welche die genannten Unsicherheiten also mitberücksichtigt, kann in den bereits oben beschriebenen spieltheoretischen Zusammenhang gebracht werden. Ein Abweichen vom kollusiven Preis bzw. von der kollusiv zu produzierenden Menge (»*share of the monopoly output*«) sorgt, da die ganze Nachfrage auf den Abweichenden gezogen wird, bei diesem für einen höheren Gewinn. Da durch den *cheat* jedoch gleichzeitig die Möglichkeit entsteht, dass der Preis unter den Trigger-Preis fällt, steigt die Gefahr einer Cournot-Phase und damit einer Phase ohne bzw. mit nur tiefem Gewinn. Damit nun das Festhalten an der kollusiven Menge die optimale Strategie aller beteiligten Unternehmen ist, muss der Profit bei Festhalten an der kollusiven Menge grösser sein als der Verlust durch die Cournot-Phase bei Abweichen⁵⁰³. Damit wird ersichtlich, dass selbst bei nicht perfekter Information kollusive Preise erzielt werden können⁵⁰⁴. Die Ursache eines möglichen Nachfragerückgangs können die Unternehmen bei diesem Modell zwar nicht eindeutig eruieren, doch wird es mit der Trigger-Strategie möglich, das Problem zu umgehen, auch wenn immer wieder mit Cournot-Phasen und damit mit Phasen tieferen Gewinns zu rechnen ist.

Das Modell von GREEN/PORTER⁵⁰⁵ ist aber nur bedingt relevant, auch wenn es immerhin die Möglichkeit kollusiven Verhaltens berücksichtigt. Zwar weisen sie zu Recht darauf hin, dass die Vereinbarung eines Trigger-Preis auch spontan bzw. im Sinne einer stillschweigenden (»*tacit*«) Abrede erfolgen kann. Aufgrund der Komplexität des verlangten Verhaltens und der nötigen Koordination sei jedoch eher von einer expliziten Abrede auszugehen⁵⁰⁶. Sodann berücksichtigen die beiden Autoren *nur* Trigger-Strategien, was das Spektrum weiter einschränkt.

501 »Trigger-Price« im Sinne eines Auslösers (engl. *trigger*), also eines Wertes, bei dem der Preiskrieg *ausgelöst* wird.

502 Zu dieser Trigger-Strategie siehe GREEN/PORTER, Noncooperative Collusion, S. 89.

503 GREEN/PORTER, Noncooperative Collusion, S. 89; vgl. auch WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 108 f.

504 Vgl. WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 104 und 109, der zudem darauf hinweist, dass in diesem Fall perfekte Kollusion, also beispielsweise die explizite oder implizite Verständigung auf den *Monopolpreis*, nicht erreicht werden kann.

505 Im Modell können die Unternehmen die Strategie ihrer Konkurrenten lediglich aus dem öffentlich beobachtbaren Marktpreis ableiten. Der Markt besteht sodann aus homogenen Gütern. Vgl. hierzu KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 52.

506 GREEN/PORTER, Noncooperative Collusion, S. 89.

3.2.2. Laufzeit und Bestrafung

Wie gezeigt, ist das Modell von GREEN/PORTER ein erster Erklärungsversuch, wie die Unternehmen einen Ausweg aus dem Dilemma der Unsicherheit finden könnten. Dies hat zwar noch nicht viel mit (intensivem) Informationsaustausch zwischen Unternehmen zu tun, immerhin aber zeigt es auf, dass bei Beobachtung gewisser Umstände (Marktpreis, Menge, usw.), mithin dem Sammeln von Informationen, Unsicherheit beseitigt werden kann. Auch wurde dargelegt, dass es in dem genannten Modell vor allem darum geht, einen Preiskrieg zu vermeiden bzw. Phasen intensiven Preiskriegs zu verkürzen.

Tauschen die an der Trigger-Strategie beteiligten Unternehmen nun zusätzlich weitere Informationen aus, so können sie zum einen Unsicherheiten bezüglich der Strategie der Wettbewerber in grösserem Umfang beseitigen, zum anderen wird auch die Unsicherheit bezüglich der Ursache des Nachfragerückgangs verringert⁵⁰⁷. Können die Unternehmen durch den Austausch der Informationen ihre tatsächliche Strategie glaubhaft mitteilen, so reduziert sich die Wahrscheinlichkeit einer Cournot-Phase und ergibt einen höheren zukünftigen Gewinn. Kollusion kann damit besser und länger aufrecht erhalten werden⁵⁰⁸.

Mit »länger« wird zudem der zeitliche Aspekt als weiterer wichtiger Punkt angesprochen. Selbst wenn die Unternehmen grundsätzlich die Möglichkeit haben, der Ursache des Nachfragerückgangs auf den Grund zu gehen, so bleibt es doch entscheidend, wann eine Abweichung vom kollusiven Level entdeckt wird. Mit dem Informationsaustausch *kann* die Laufzeit zwischen *cheat* und Bestrafung verkürzt werden, weshalb Kollusion eher aufrecht erhalten werden kann. Zusammengefasst kann daher festgehalten werden, dass mit einem geeigneten Informationsaustausch eine »Spielsituation« mit beinahe perfekter Information erreicht werden kann. Daraus folgt, dass aufgrund der schnelleren Entdeckung einer Abweichung die Gewinne, die aus der Abweichung erzielt werden können, sinken. Im Gegenzug steigt der Wert der Strategie, am kollusiv Vereinbarten festzuhalten⁵⁰⁹.

507 Vgl. auch ABREU/MILGROM/PEARCE, Information, S. 1713.

508 Hierzu WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 109.

509 KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 50; VIVES, Information Sharing: Economics and Antitrust, S. 1.

3.2.3. Spielhintergrund und Fokus-Punkte

Es wurde bereits ausgeführt, dass in Superspielen oftmals mehrere Gleichgewichtslösungen bestehen können (Folk Theorem)⁵¹⁰. Ob sich die Spieler (bzw. Unternehmen) in einem Gleichgewicht »treffen«, mithin die gleiche Strategie wählen, ist insbesondere ein Koordinationsproblem. Das Problem der Komplexität und der Koordination wurde soeben auch beim Modell von GREEN/PORTER angesprochen. Die Frage hat demnach generell zu lauten: Wie können die Unternehmen das Koordinationsproblem (in Superspielen) lösen? Hierzu sind verschiedene Ansätze denkbar.

Als Illustration für das Koordinationsproblem dient gemeinhin das Spiel »Kampf der Geschlechter«, das es aber auch »geschlechtsneutral« in verschiedenen anderen Versionen gibt. Immer aber geht es darum, dass sich zwei Personen an einem von zwei Orten treffen oder eine von zwei Abendaktivitäten an ihrem jeweiligen Ort wählen möchten, wobei die Wahl, welche die andere Person trifft, ungewiss ist und keine Absprachemöglichkeiten, beispielsweise durch die Benützung eines Mobiltelefons, bestehen. Gewiss ist nur, dass sie den Abend gemeinsam verbringen bzw. sich an einem bestimmten Ort treffen möchten. Dabei handelt es sich um ein so genanntes »Einstimmigkeitsspiel«. Nur wenn alle Spieler die gleiche Strategie wählen, kommt es zu einer vorteilhaften Einigung⁵¹¹. Gelöst werden kann ein solches Problem dadurch, dass die Spieler über Hintergrundinformationen verfügen. Sie könnten beispielsweise wissen, dass die andere Person aufgrund bestimmter Umstände sich für den einen bzw. für den anderen Ort entscheiden wird. Dieser Ort wird in der Spieltheorie als Fokus-Punkt (*focal point*) bezeichnet. Ein Fokus-Punkt ist ein Nash-Gleichgewicht, das von allen Spielern aufgrund der genannten Hintergrundinformationen wie der Identität der Spieler, ihrem *Background* und weiterer Faktoren, mithin ohne sich abzusprechen, als wahrscheinlicher eingeschätzt wird. Die Spieler nehmen deshalb an, alle würden sich für dieses Gleichgewicht entscheiden⁵¹². Der Austausch von Informationen kann nun nicht nur dazu führen, dass direkt ein bestimmtes Gleichgewicht gefunden werden kann, sondern auch den Grad der »Informiertheit« der Spieler erhöhen, um im genannten Sinn auf einen Fokus-Punkt schließen zu können. Dies gilt selbstverständlich nur dann, wenn die weitergegebenen Informationen nicht als so genannten »cheap talk« abgetan werden müssen, sie

510 Vgl. vorstehend § 10 Ziff. 3.2.1.c, insb. Fn 352.

511 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 40 Fn 166.

512 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 110; vgl. auch BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 42, der zudem auf die Möglichkeit hinweist, dass sich bei vermehrter Interaktion auch Konventionen zwischen den Spielern herausbilden können, die eine weitere »Orientierungshilfe« zur Lösung des Koordinationsproblems darstellen können.

also kein »bedeutungsloses Geschwätz« darstellen⁵¹³. Welche Anreize für ein Unternehmen jedoch bestehen, eine Ankündigung zu machen und anschliessend nicht dementsprechend zu handeln, ist fraglich, zumindest wenn von einer gewissen Interessenparallelität ausgegangen wird. Hinzu kommt jedoch auch, dass die Anreize der Gegenseite zu beachten sind, der Ankündigung ebenfalls Folge zu leisten⁵¹⁴. Jedenfalls kann festgehalten werden, dass der Austausch von Informationen das Koordinationsproblem wenn nicht sogar lösen, so doch mindestens reduzieren kann. Informationen liefern daher einen wesentlichen Beitrag an die Beseitigung der Unsicherheit hinsichtlich der Wahl eines bestimmten Nash-Gleichgewichts. Der Problematik des »cheap talk« kann, sofern sie als relevant erachtet wird⁵¹⁵, auch dadurch begegnet werden, dass die Wahl des Fokus-Punktes nicht als einzige, sondern als eine unter mehreren Lösungen zur Beseitigung des Koordinationsproblems betrachtet wird. Eine ebenso wichtige Rolle spielen bei wiederholter Interaktion nämlich auch die Reputation und Lerneffekte.

3.2.4. Reputation und Lerneffekte

Einer der wichtigsten Unterschiede zwischen dynamischen und statischen Modellen ist, dass mehrfache Interaktion eine Spielgeschichte schafft. Unternehmen beziehen die Vergangenheit in ihre zukünftigen Entscheidungen mit ein. Wenn sich ein Unternehmen über mehrere Spielrunden hinweg auf eine bestimmte Art und Weise verhält, entsteht eine *Reputation*⁵¹⁶. Der Informationsaustausch kann helfen, eine Reputation aufzubauen oder zu untermauern sowie Vertrauen zu schaffen. Die Reputation hat mehrere Wirkungen bezüglich des Austauschs von Informationen. Die erste bezieht sich gleich auf den vorstehenden Abschnitt: Wird angenommen, Unternehmen könnten Informationen im Sinne eines »cheap talk« weitergeben, so stehen die empfangenden Konkurrenten vor der Frage, ob

513 KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 29; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 110; vgl. auch BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 42, der »cheap talk« etwas technischer mit »nichtbindende[r] Kommunikation« übersetzt.

514 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 44.

515 KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 55, führen denn auch aus, dass ansonsten kein Grund ersichtlich sei, weshalb Unternehmen solche Informationen austauschen sollten, wenn nicht um ihr Verhalten zu koordinieren; vgl. auch BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 44, der wie KÜHN/VIVES auf die empirischen Untersuchungen hinweist, aus denen sich ergibt, dass vorgängige *Kommunikation* zu kooperativen Ergebnissen führen kann. Daraus schliesst er, dass die Ankündigungen offensichtlich häufig der Wahrheit entsprechen, auch wenn kein eigentlicher ökonomisch rationaler Anreiz besteht.

516 »Unternehmen X verhält sich in der Spielsituation Y stets gemäss dem Muster Z«.

die Information tatsächlich »*cheap talk*« ist oder nicht. Anhand der Reputation lässt sich die weitergegebene Information deshalb konkret qualifizieren, mindestens aber lässt sie eine Aussage über die Wahrscheinlichkeit eines »*cheap talk*« zu. Weiter kann die Reputation dazu führen, dass aufgrund des Vertrauens die Unternehmen intensiver interagieren und dass die Glaubwürdigkeit der am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen gestärkt wird.⁵¹⁷

Die Spielgeschichte hat ausserdem die Wirkung, dass in weiteren Spielrunden *Lerneffekte* auftreten. Der Informationsaustausch kann hier dazu beitragen, dass eine Grundlage für den nächsten Lernschritt gebildet werden kann, dass das Verhalten also *ex post* überprüft bzw. gewisse Angaben verifiziert werden können. Entsprechend können die Akteure ihr Verhalten anpassen, Strategien imitieren oder ein vorteilhaftes Verhalten wiederholen. Diese Erkenntnis gilt ebenso für das Reziprozitätsprinzip⁵¹⁸.

Unter dem Stichwort Reputation ist auch auf das so genannte »*Signaling*« einzugehen. Oft wird unter *Signaling*, das heisst dem (einseitigen) Aussenden von bestimmten Informationen, eine Form der Verursachung bzw. Beseitigung von Unsicherheiten verstanden. Daneben wird stets auch die Kommunikation erwähnt⁵¹⁹. Allerdings stellt *Signaling* letztlich eine Sonderform der Kommunikation dar und ist damit »lediglich« eine Unterart der Ersteren. Aus diesem Grund ist *Signaling* als eine Art Informationsaustausch zu betrachten, wenn auch mit geringerer Wirkung. Eine Wirkung kann insofern erzielt werden, als dass durch das Aussenden bestimmter Informationen, beispielsweise durch die Mitteilung der Wahl einer geringeren Produktionsmenge, die Kooperationsbereitschaft signalisiert werden kann. Das Gleiche gilt für das Setzen eines tiefen Preises, womit tiefe Kosten mitgeteilt oder vorgetäuscht werden können⁵²⁰. Durch das Aussenden von Signalen kann zudem eine Reputation entstehen, so dass zwischen der Information und der Reputation eine Wechselwirkung entsteht.

3.3. Private/individuelle Information und Kommunikation

Es wurde gezeigt, dass es in dynamischen Modellen durchaus denkbar ist, dass kollusives Verhalten durch den Austausch oder die Beobachtung »öffentlicher« Informationen ein Gleichgewicht darstellen *kann* – es *muss* aber nicht. Solche »öffentlichen« Informationen genügen nämlich oft nicht, um letztendlich klären bzw. ableiten zu können, ob sich die Konkurrenten (ebenfalls) kollusiv verhalten

517 Vgl. zum Ganzen WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 112 f.

518 Vorstehend § 10 Ziff. 4.2.

519 Vgl. beispielsweise BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 42 ff. und insb. S. 45 ff.

520 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 45 f.

haben⁵²¹. Mit diesen Informationen können daher letzte Unsicherheiten bezüglich der Strategie der Konkurrenten nicht beseitigt werden, was KANDORI/MATSUSHIMA folgendermassen ausdrückten: »*We feel that communicating with each other is the most natural way of dissolving confusion among players when they cannot agree on how to maintain collusive behaviour*«⁵²². Tauschen die Unternehmen hingegen so genannte private Informationen, so wird die Möglichkeit zu kollusivem Verhalten (weiter) gesteigert⁵²³.

Zum einen, und dies stellt zunächst noch lediglich eine Erkenntnis aus dem bereits dargestellten Modell von GREEN/PORTER dar, erleichtert der Austausch jeglicher, wenn auch marktbezogener Informationen die Entdeckung einer Abweichung vom kollusiven Verhalten⁵²⁴. Zum anderen kommt nun aber hinzu, dass beim Austausch von individualisierten Informationen die entsprechende Vergeltungsstrategie besser angepasst werden kann⁵²⁵. Ist es möglich, Abweichungen besser zu entdecken und sind Vergeltungsmassnahmen effizienter und schneller umgesetzt, so wird es einfacher, kollusives Verhalten auf hohem Niveau aufrecht zu erhalten. Wird die Zeitspanne zwischen Abweichung und Entdeckung und damit die Laufzeit, über die zu diskontieren ist, verkürzt, so hat dies den gleichen Effekt wie die Senkung des Diskontfaktors, also des Zinssatzes, um den zukünftige Auszahlungen zu diskontieren sind⁵²⁶.

3.4. Schlussfolgerungen

Im Gegensatz zu den Untersuchungen des Informationsaustauschs in statischen Modellen, die kollusives Verhalten nicht abbilden können, konnte mit den dynamischen Modellen aufgezeigt werden, dass ein solches Verhalten durch den Austausch von Informationen unterstützt werden kann. Unterschiede ergeben sich zwar hinsichtlich der Art der Information (beispielsweise Marktpreis oder produzierte Menge), in jedem Fall aber besteht die Gefahr, dass sich – unter bestimm-

521 KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 53.

522 KANDORI/MATSUSHIMA, Observation, Communication and Collusion, S. 629.

523 KANDORI/MATSUSHIMA, Observation, Communication and Collusion, S. 627; KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 50 f., mit weiteren Hinweisen.

524 KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 53.

525 KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 53; KANDORI/MATSUSHIMA, Observation, Communication and Collusion, S. 629 ff., vgl. auch S. 634: Dies ist vor allem in Bezug auf die Frage beachtlich, welcher Konkurrent vom kollusiven Verhalten abgewichen ist. KANDORI/MATSUSHIMA entwickeln in ihrem Modell eine Strategie des Payoff-Transfers, bei welchem nach einer entdeckten Abweichung nicht alle Beteiligten bestraft werden und der Payoff-Anteil des Abweichenden zu den anderen Konkurrenten transferiert wird.

526 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 140.

ten Bedingungen – Unternehmen durch den Austausch von Informationen kollusiv verhalten oder kollusives Verhalten einfacher aufrecht erhalten können. Es lässt sich damit Folgendes festhalten: Der Austausch von Informationen ist geeignet, Unsicherheiten bezüglich der Strategie der Konkurrenten zu beseitigen. Insbesondere hilft er den am Austausch beteiligten Unternehmen, sich auf ein bestimmtes Gleichgewicht zu einigen, indem die Unternehmen aufgrund der Spielgeschichte einen Spielhintergrund entwickeln, auf Reputationen zurückgreifen können und aufgrund des Vergangenen von Lerneffekten profitieren können. Schliesslich verringert ein regelmässiger Austausch entsprechender Informationen die Laufzeit zwischen Abweichung und Entdeckung, was Vergeltungsmassnahmen wirkungsvoller macht und die Bewertung des Gewinns aus der Abweichung verringert. In diesem Zusammenhang ist zuletzt auch anzufügen, dass der Informationsaustausch die Berechnung dieses Gewinns vereinfachen kann. ABREU/MILGROM/PEARCE stellen deshalb fest: *»Because the incentives for co-operation in these repeated game models depend upon players' responding aggressively to indications that some participants are violating the agreement, anything that makes violations easier to detect and punish enlarges the set of equilibrium payoffs.«*⁵²⁷

4. Zusammenfassung

4.1. Ökonomie im Wandel der Zeit

Zentrales Thema dieser Arbeit ist die Frage, ob der Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern wettbewerbsrechtlich bedenklich sein kann. Wettbewerbsrechtlich bedenklich ist »etwas« spätestens dann, wenn der Wettbewerb auf einem bestimmten Markt erheblich beeinträchtigt oder beseitigt werden kann, oder, als Alternative, wenn sich ein Unternehmen in wesentlichem Umfang von anderen Marktteilnehmern unabhängig verhalten kann. In Bezug auf den Informationsaustausch stellt sich daher die Frage, ob es den am Austausch beteiligten Unternehmen ermöglicht wird, gestützt auf die erhaltene Information den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt erheblich zu beeinträchtigen, zu beseitigen oder sich, wie dargelegt, unabhängig zu verhalten⁵²⁸. Dies ist eine rechtliche Frage und hat nur einen indirekten Bezug zu den genannten ökonomischen Grundlagen. Zwar kann im ökonomischen Sinne die Frage gestellt werden, ob sich Unternehmen kollusiv verhalten können, wenn sie Informationen austauschen. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn sie Preisinformationen aus-

⁵²⁷ ABREU/MILGROM/PEARCE, Information, S. 1713.

⁵²⁸ Vgl. auch WHISH, Information Agreements, S. 21 f.

tauschen und sich in der Folge – ohne dies explizit zu vereinbaren – auf einen höheren Preis als den Wettbewerbspreis »einigen« würden. Doch selbst implizit muss es nicht zu einer solchen Einigung kommen, um die erwähnte Frage zu bejahen.

Dieses Kapitel hatte »nur« zum Ziel, die ökonomischen Grundlagen des Informationsaustauschs darzulegen, nicht aber die Beantwortung einer rechtlichen Frage. Dabei wurde zunächst auf die klassischen (statischen) Wettbewerbsmodelle, Bertrand und Cournot, eingegangen. Es wurde weiter gezeigt, dass der Austausch von Informationen – zumindest wettbewerbsrechtlich – vor allem bei oligopolistischen Märkten von Relevanz ist. Oligopolistische Märkte haben die Eigenschaft, dass sich die Akteure, die sich auf ihm befinden, nicht frei bewegen bzw. ihre Entscheidungen nicht frei treffen können, ohne gleichzeitig auch mögliche Reaktionen der Konkurrenten in ihre Überlegungen miteinzubeziehen. Miteinbeziehen heisst, die möglichen Reaktionen bzw. Strategien der oder des Konkurrenten zu analysieren und festzulegen, welche Varianten denkbar sind sowie gestützt darauf die eigene Entscheidung zu treffen. Damit lässt sich die Reaktion der Konkurrenten antizipieren. Es wurde sodann darauf hingewiesen, dass die statischen Wettbewerbsmodelle von ihrer Anlage her diese strategischen Interaktionen nicht berücksichtigen können. Erst mit dem Aufkommen der neueren Industrieökonomik wurde es möglich, Entscheidungssituationen und Interaktionen der Oligopolisten realitätsnaher zu modellieren und damit Erklärungen zu liefern.

Die Spieltheorie als Werkzeug der Industrieökonomik hat gezeigt, dass stets die Frage von Bedeutung ist, unter welchen Bedingungen kollusives Verhalten aufrecht erhalten werden kann. Neben der Möglichkeit, eine Abweichung vom kollusiven Verhalten entsprechend zu ahnden, und der Diskontierung zukünftiger Gewinne, womit die Wertlegung des Unternehmens auf die zukünftigen Auszahlungen bzw. Profite bei Festhalten am kollusiv Vereinbarten gemeint ist, sind mehrere Kriterien zu berücksichtigen (darunter Marktstrukturkriterien). Die Spieltheorie hat die Erkenntnis gebracht, dass das Festhalten am kollusiven Verhalten ein Gleichgewicht darstellen *kann*. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Spieltheorie grundsätzlich keine Unterscheidung zwischen expliziter und impliziter bzw. stillschweigender Kollusion trifft. Während es sich bei expliziter Kollusion meist um konkrete Vereinbarungen handelt, fehlt es bei stillschweigender Kollusion gerade an Abreden, die rechtlich (grundsätzlich) durchsetzbar wären. Diese Unterscheidung wird deshalb nicht gemacht, weil es ökonomisch gesehen keine signifikanten Unterschiede zwischen den beiden Verhaltensweisen gibt. Wettbewerbsrechtlich ist die Unterscheidung jedoch immer von erheblicher Relevanz, sei dies nun, weil die konkrete Vereinbarung vom Kartellrecht bereits für

unzulässig erklärt wird, oder weil eine stillschweigende »Vereinbarung« erhebliche Beweisschwierigkeiten mit sich bringt⁵²⁹.

4.2. Information als Hilfsmittel

Weiter wurde in diesem (aber auch im vorangegangenen) Kapitel dargelegt, dass die Information bei der strategischen Entscheidungsfindung eines Unternehmens von erheblicher Bedeutung ist. Unternehmen sehen sich strategischer Unsicherheit gegenüber, die sie nur mit Informationen beseitigen können, wobei sie diese einseitig bekannt geben, dem Markt entnehmen oder mit anderen Unternehmen austauschen können.

Auch der Informationsaustausch zwischen Unternehmen wurde anhand von statischen und dynamischen Modellen untersucht. Im Rahmen statischer Modelle hat sich gezeigt, dass für Unternehmen Anreize bestehen können, spontan – von sich aus – Informationen auszutauschen. Wird auf einem Markt also festgestellt, dass Unternehmen Informationen austauschen, so muss dies noch kein Indiz für kollusives Verhalten sein⁵³⁰. Auf jeden Fall hat der Austausch von Informationen jedoch einen Einfluss auf die Effizienz der Unternehmen und damit indirekt auf die Gesamtwohlfahrt.

In dynamischen Modellen wurde jedoch dargelegt, dass der Austausch von Informationen durchaus geeignet ist, damit Unternehmen kollusives Verhalten aufrechterhalten oder sich gar erst durch den Austausch kollusiv verhalten können. Relevant ist insbesondere, und darauf wird im weiteren Verlauf dieser Arbeit noch weiter einzugehen sein, die Art der ausgetauschten Information⁵³¹. Der Informationsaustausch hat in diesem Fall weiter die Eigenschaft, Unsicherheiten zu beseitigen, so zum Beispiel hinsichtlich der Wahl eines möglichen Gleichgewichts, der Reputation und der Bestrafungsmöglichkeiten. Information ist dann geeignet, die wichtigsten Unsicherheiten zu beseitigen. KANDORI/MATSUSHIMA führen denn auch aus: *»We feel that communicating with each other is the most natural way of dissolving confusion among players when they cannot agree on how to maintain collusive behavior.«*⁵³²

Aus dem Gesagten wird ersichtlich, dass es schwierig ist, ein einheitliches Bild mit klaren und allgemeingültigen Kriterien hinsichtlich des Informationsaustauschs zwischen Unternehmen zu zeichnen. Durch die Verwendung von Begriffen wie »kann« oder »ist möglich« lassen sich nur schwer zwingende Aussa-

529 Vgl. zu dieser Thematik auch KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 43.

530 Vgl. vorstehend § 11 Ziff. 2.1, insb. Ziff. 2.1.4.

531 Dazu nachfolgend § 16 Ziff. 3.2.2.

532 KANDORI/MATSUSHIMA, Observation, Communication and Collusion, S. 629.

gen machen. POSNER drückt diese Problematik äussert treffend folgendermassen aus: »*Information is thus a two-edged sword: it is necessary if the competitive process is to work properly, but it can also facilitate collusion. It can be both at once [...]*«⁵³³. Dies soll aber nicht bedeuten, dass man nun ohne Erkenntnisgewinn dasteht – »so klug als wie zuvor«. Vielmehr scheint es wichtig zu sein, im Rahmen dieser Arbeit die Schlussfolgerungen angemessen in einen rechtlichen Kontext zu setzen und entsprechend zu würdigen⁵³⁴.

5. Rückblick, Ausblick und Gang der Arbeit

Nachdem nun nicht nur die Basis für den Informationsbegriff, sondern auch für das ökonomische Verständnis gelegt wurde, geht es im nächsten Teil darum, die Anwendung dieser Grundlagen im rechtlichen Rahmen zu prüfen. Ungeachtet der Erkenntnisse der ökonomischen Theorien muss jedoch stets berücksichtigt werden, dass zwar rechtlich gesehen mehrere Voraussetzungen erfüllt sein müssen, damit das Kartellrecht eine Vereinbarung, abgestimmtes Verhalten oder eine marktbeherrschende Stellung sanktioniert. Kommunikation hat aber, auch wenn sie nicht bindenden Charakter hat, stets reale Auswirkungen⁵³⁵, weshalb man nicht darum herum kommen dürfte, diese realen Auswirkungen im Einzelnen kartellrechtlich zu untersuchen.

Im folgenden Kapitel soll nun zunächst der grundsätzliche rechtliche Rahmen in der Schweiz und der EU (mit Verweisen auf das Recht der USA) dargelegt werden. Dem folgen Ausführungen zur Frage, wo der Austausch von Informationen rechtlich anzusiedeln ist. Schliesslich wird dargelegt, wie der Informationsaustausch bisher in der Rechtsprechung beurteilt wurde. Erst im letzten Kapitel sollen alle behandelten Bereiche zusammengeführt werden.

533 POSNER, Antitrust Law, S. 160.

534 Vgl. nachfolgend §§ 14 bis 16.

535 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 111, mit Verweis auf KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 55.

4. Teil: Rechtliche Grundlagen

§ 12 *Einleitung*

1. Vorbemerkungen

Nach längeren Ausführungen über das Wesen der Information und die ökonomischen Grundlagen des Informationsaustauschs stellt sich nun die Frage, innerhalb welcher (kartell-)rechtlicher Rahmenbedingungen sich dieser Austausch bewegt. Es hat daher eine kartellrechtliche Würdigung des Informationsaustauschs stattzufinden. Es wurde bereits erwähnt, dass Schwierigkeiten bestehen hinsichtlich der begrifflichen Differenzierung – Stichwort: Kollusion – und der Abgrenzung ökonomischer von rechtlichen Sachverhalten. In diesem und im nächsten Teil wird deshalb gerade darauf der Schwerpunkt gelegt. Es geht also darum darzulegen, ob und in wiefern ökonomische Sachverhalte unter einen rechtlichen Tatbestand subsumiert werden können bzw. müssen oder auf welche Weise solche Sachverhalte auch lediglich als Subsumptionshilfen herangezogen werden können.

Im Rahmen einer rechtlichen Arbeit müssen stets auch die Probleme bei der Rechtsanwendung beachtet werden. Diese Arbeit legt daher auch Wert auf praktische Probleme. Hierzu ein Beispiel, ohne jedoch bereits zu weit vorgreifen zu wollen: Das Schweizer Kartellrecht kennt den Tatbestand der wettbewerbsbeschränkenden Abrede (Art. 5 KG). Darunter können rechtlich verbindliche Verträge subsumiert werden. Solche Verträge stellen in der Praxis nicht unbedingt eine besondere Schwierigkeit dar. Gemäss Art. 4 Abs. 1 KG sind unter den Begriff der Wettbewerbsabrede aber auch abgestimmte Verhaltensweisen zu subsumieren. In diesen Fällen liegt oft kein Vertrag im eigentlichen Sinne vor, auf den sich die urteilende oder untersuchende Behörde bzw. ganz generell der Rechtsanwender stützen könnte. Vielmehr fragt sich Letzterer, wann eine solche abgestimmte Verhaltensweise unter Art. 5 KG fällt bzw. welche Voraussetzungen erfüllt sein müssen. Dies kann oftmals auch nur anhand von bestimmten Kriterien bestimmt werden. Doch welche Kriterien sind in einem solchen Fall zu berücksichtigen? Aber selbst wenn von einem rechtlich verbindlichen Vertrag auszugehen wäre, muss beachtet werden, dass dieser gemäss Art. 1 Abs. 2 des schweizerischen Obligationenrechts (OR) nicht schriftlich abgefasst zu sein braucht. Ab wann ist nun aber von einem mündlichen Vertrag oder gar von einer stillschweigenden übereinstimmenden Willensäusserung auszugehen? In der Praxis ist ein solcher Nachweis schwierig, oftmals sogar unmöglich. Dies gilt selbstverständ-

lich allgemein beim Verwaltungsverfahren, also dann, wenn eine Behörde tätig wird, aber im Speziellen auch bei der bislang praktisch kaum relevanten zivilrechtlichen Durchsetzung von Ansprüchen aus Wettbewerbsbehinderungen (vgl. Art. 12 ff. KG; Stichwort »*private enforcement*«), bei welcher der Kläger zusätzlich das Risiko bzw. die Chancen mit den Kostenfolgen abwägen muss, mithin das Prozesskostenrisiko zu beurteilen hat.

2. Ausblick

Der Fokus liegt nachfolgend auf dem Schweizer Recht und dabei natürlich auf denjenigen Tatbeständen, die für die Beurteilung des Informationsaustauschs von Bedeutung sind. Allerdings kommt man nicht umhin, auch die Regelungen der Europäischen Union und, so weit nötig, der USA zu betrachten – dies vor allem deshalb, weil sich das Schweizer Kartellrecht mit der Totalrevision von 1995 dem europäischen Recht angeglichen hat⁵³⁶. Innerhalb dieser rechtlichen Rahmenbedingungen hat sodann die Qualifizierung des Informationsaustauschs stattzufinden, wobei bereits an dieser Stelle festzuhalten ist, dass sowohl in der Schweiz als auch in der EU insbesondere zwei »Grundtatbestände« zu berücksichtigen sind. Es handelt sich um den Tatbestand der wettbewerbsbeschränkenden Abrede (Art. 5 KG und Art. 101 AEUV [bzw. Art. 81 EGV]⁵³⁷; vgl. für die USA insbesondere Sherman Act Section 1) und jenen der unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG und Art. 102 AEUV [bzw. Art. 82 EGV]; vgl. für die USA insbesondere Sherman Act Section 2). Unter diese beiden Tatbestände hat die Subsumption zu erfolgen, wobei schliesslich die Frage nicht unbehandelt bleiben darf, wie das Verhältnis zwischen diesen beiden Tatbeständen ist. Um Missverständnissen vorzubeugen, sei an dieser Stelle noch angefügt, dass die im ökonomischen Teil zitierte (juristische) Literatur zwar das »Oligopolproblem« behandelt und in rechtlicher Hinsicht vor allem auf die Marktbeherrschungsproblematik eingeht⁵³⁸. Dies ist verständlich, betrachten diese Autoren doch insbesondere Fragen der kartellrechtlichen Beurteilung der Interdependenz bzw. der »Parallelität«. In dieser Arbeit steht jedoch der Informationsaustausch, der als zusätzlicher Faktor hinzu kommt und die Interdependenz beeinflussen kann, im Zentrum. Es muss daher insbesondere (auch) auf den Tatbestand der wettbewerbsbeschränkenden Abrede eingegangen werden.

536 Vgl. BOTSCHAFT 1994, S. 471.

537 Zur Unterscheidung zwischen dem AEUV und dem EGV bzw. zur Zitierweise vgl. nachstehend § 13 Ziff. 3.1.

538 Vgl. beispielsweise JUNGEMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 317 ff.

Im Rahmen der wettbewerbsbeschränkenden Abreden gilt es schliesslich, Fragen der wirtschaftlichen Effizienz zu beurteilen (vgl. Art. 5 Abs. 1 und Art. 6 KG sowie Art. 101 Abs. 3 AEUV [bzw. Art. 81 Abs. 3 EGV]). Dabei kann vor allem auf einige Ausführungen im ökonomischen Teil verwiesen werden: Insbesondere der Informationsaustausch und die damit einhergehende Erhöhung der Transparenz können die Effizienz der am Austausch beteiligten Unternehmen erhöhen. Es muss deshalb untersucht werden, inwiefern sich mögliche »Abreden« aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen.

§ 13 *Rechtliche Rahmenbedingungen*

1. Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen von 1995

1.1. Übersicht

Das heute geltende Kartellgesetz von 1995 (SR 251), in Kraft getreten am 1. Juli 1996, bildet – von den alten Gewerbeordnungen abgesehen – das dritte Gesetzgebungsprojekt im Kartellrecht⁵³⁹. Bereits 1962 wurde ein erstes und 1985 ein zweites Kartellgesetz erlassen. Das geltende Recht, das in vielerlei Hinsicht als Paradigmenwechsel betrachtet werden kann⁵⁴⁰, wurde allerdings nur gerade acht Jahre später revidiert, wenn auch nicht umfassend in materieller Hinsicht⁵⁴¹, sondern vielmehr durch Einführung direkter Sanktionen und einer Bonusregelung, die heute vermehrt zu reden gibt (vgl. Art. 49a KG)⁵⁴². Die Grundordnung blieb jedoch im Wesentlichen gleich. Sie zielt darauf ab, den Wettbewerb zu fördern und damit eine auf die Erhaltung wirksamen Wettbewerbs gerichtete Wettbewerbspolitik zu betreiben⁵⁴³. Das Kartellgesetz bezweckt daher gemäss seinem Art. 1, volkswirtschaftlich oder sozial schädliche Auswirkungen von Kartellen und anderen Wettbewerbsbeschränkungen zu verhindern und damit den Wettbewerb im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung zu fördern. Verfassungsmässige Grundlage des Kartellgesetzes sind die Art. 27, 94 und 96 Abs. 1 BV. Daraus folgt, dass Private ihre wirtschaftliche Tätigkeit vom Grund-

539 Vgl. BORER, Kartellgesetz, Vor Art. 1 ff. N 1 ff.

540 STOFFEL, Wettbewerbsrecht und -politik, S. 11.

541 Ausnahmen sind selbstverständlich Art. 2 Abs. 1bis, Art. 3 Abs. 2, Art. 4 Abs. 2 und Art. 5 Abs. 4 KG; vgl. BBl 2002 S. 2022 und 5506.

542 Vgl. für einen kurzen Überblick über die Tätigkeitsschwerpunkte der schweizerischen Wettbewerbskommission (WEKO) seit 1995 STOFFEL, Wettbewerbsrecht und -politik, S. 1 ff.

543 BORER, Kartellgesetz, Art. 1 N 18 ff.

satz her im Rahmen einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung ausüben sollen⁵⁴⁴. Um dies sicherzustellen, beruht das geltende Recht auf drei Pfeilern und beinhaltet Regeln gegen unzulässige Wettbewerbsabreden (Art. 5 und 6 KG), Regeln gegen missbräuchliches Verhalten marktbeherrschender Unternehmen (Art. 7 KG) und Regeln gegen wettbewerbsgefährdende Unternehmenszusammenschlüsse (Art. 9 und 10 KG)⁵⁴⁵.

Wie bereits vorstehend erwähnt, sind die Regeln gegen wettbewerbsgefährdende Unternehmenszusammenschlüsse im Rahmen der Thematik »Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern« kaum von Relevanz. Daher sind die beiden anderen Bereiche nachfolgend zu vertiefen. Vorab ist jedoch auf Art. 4 KG hinzuweisen, der sowohl bei Art. 5 als auch bei Art. 7 KG beachtlich ist. Die genannte Bestimmung schafft – zumindest vordergründig – Klarheit hinsichtlich der im Gesetz verwendeten Begriffe »Wettbewerbsabreden« und »marktbeherrschende Unternehmen«. Als Wettbewerbsabreden gelten gemäss Art. 4 Abs. 1 KG rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen sowie aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen, die eine Wettbewerbsbeschränkung *bezwecken oder bewirken*⁵⁴⁶. Die Wettbewerbsabrede definiert sich damit durch folgende Tatbestandselemente: a) ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken der an der Abrede beteiligten Unternehmen und b) die Abrede bezweckt oder bewirkt eine Wettbewerbsbeschränkung. Nach Abs. 2 der erwähnten Norm gelten sodann als marktbeherrschende Unternehmen *einzelne oder mehrere* Unternehmen, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang *unabhängig* zu verhalten. Die »Definitionen« dieser beiden Begriffe sind nun bei der Betrachtung der gesetzlichen Tatbestände stets im Hinterkopf zu behalten.

544 ZÄCH, Kartellrecht, S. 1.

545 Vgl. für eine grafische Zusammenstellung WEBER/VLCEK, Tafeln, S. 27 ff.

546 Gemäss Art. 2 Abs. 1bis KG gelten als Unternehmen sämtliche Nachfrager oder Anbieter von Gütern und Dienstleistungen im Wirtschaftsprozess, unabhängig von ihrer Rechts- oder Organisationsform. Es handelt sich um eine ökonomische Begriffsumschreibung; Einzig die Unternehmensqualität im ökonomischen Sinne ist von Relevanz und nicht die rechtliche Struktur; vgl. BORER, Kartellgesetz, Art. 2 N 11. Allerdings ist die rechtliche Struktur in prozessualer Hinsicht zu beachten, richten sich danach doch die Aktiv- und die Passivlegitimation, die vor allem im Rahmen der privaten Rechtsdurchsetzung (Art. 12 KG) Bedeutung erlangen.

1.2. Unzulässige Wettbewerbsabreden

1.2.1. Gesetzlicher Tatbestand

Gemäss Art. 5 Abs. 1 KG sind Abreden, die den Wettbewerb auf einem Markt für bestimmte Waren oder Leistungen erheblich beeinträchtigen und sich nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigen lassen, sowie Abreden, die zur Beseitigung wirksamen Wettbewerbs führen, unzulässig. Durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz sind Wettbewerbsabreden dann gerechtfertigt, wenn sie notwendig sind, um die Herstellungs- oder Vertriebskosten zu senken, Produkte oder Produktionsverfahren zu verbessern, die Forschung oder die Verbreitung von technischem oder beruflichem Wissen zu fördern oder um Ressourcen rationeller zu nutzen *und* den beteiligten Unternehmen in keinem Fall Möglichkeiten eröffnen, wirksamen Wettbewerb zu beseitigen⁵⁴⁷. Zwei Voraussetzungen müssen also kumulativ erfüllt sein: Zum einen muss ein Effizienzkriterium⁵⁴⁸, zum anderen die Unmöglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs gegeben sein. Schliesslich stellt das Gesetz in den Abs. 3 und 4 der genannten Bestimmung Vermutungen hinsichtlich der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs auf. Zunächst werden die so genannten harten Kartelle (horizontale Abreden⁵⁴⁹) genannt: Bei direkten oder indirekten Preisabsprachen, bei Mengenabsprachen hinsichtlich der Produktion oder der Lieferung sowie geographischen oder die Geschäftspartner betreffenden Gebietsabsprachen wird eine Beseitigung des wirksamen Wettbewerbs vermutet. Diese Vermutung kann zwar durch den Nachweis von Wettbewerb trotz bestehender Abrede widerlegt werden⁵⁵⁰. Allerdings ist, wenn die Widerlegung nicht gelingt, eine Rechtfertigung aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz nicht möglich⁵⁵¹. Endlich wird in Art. 5 Abs. 4 KG auch eine Vermutung für vertikale Abreden aufgestellt. Nach dieser Bestimmung

547 Es handelt sich bei diesen Gründen um den aus dem amerikanischen Recht stammenden »*rule of reason*«-Ansatz, bei dem es darum geht zu prüfen, ob im konkret vorliegenden Fall die Abrede, die eine Beschränkung der wirtschaftlichen Handlungsfreiheit bewirkt, zu einem effizienteren bzw. gleich effizienten Ergebnis führt, wie wenn die Abrede nicht bestehen würde; vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 14 f., mit weiteren Verweisen.

548 Seit der Reform von 1995 werden nur noch rein wirtschaftliche »Rechtfertigungsgründe« zugelassen. Politische Erwägungen sind im Rahmen von Art. 8 KG vorzunehmen; vgl. auch BORER, Kartellgesetz, Art. 5 N 45.

549 Art. 5 Abs. 3 KG spricht von Abreden, die zwischen Unternehmen getroffen wurden, die tatsächlich oder der Möglichkeit nach miteinander im Wettbewerb stehen.

550 Die Widerlegung der Vermutung kann – zusammengefasst – sowohl durch den Nachweis von Aussen- als auch von Innenwettbewerb erfolgen; vgl. WEBER/VLCEK, Tafeln, S. 49.

551 Was sich ohne Weiteres aus der Systematik von Art. 5 Abs. 3 i.V.m. 5 Abs. 2 lit. b KG ergibt.

beseitigen Preisabsprachen oder Gebietsabsprachen mit absolutem Gebietsschutz zwischen Unternehmen verschiedener Marktstufen wirksamen Wettbewerb. Auch diese Vermutung ist widerlegbar, die Abrede aber wiederum nicht durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz rechtfertigbar, wenn die Widerlegung nicht gelingt. Hinzuweisen ist an dieser Stelle der Vollständigkeit halber auf Art. 6 KG, wonach in Verordnungen oder allgemeinen Bekanntmachungen die Voraussetzungen umschrieben werden können, unter denen einzelne Arten von Wettbewerbsabreden aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz *in der Regel* als gerechtfertigt gelten⁵⁵².

Gemäss der Praxis der WEKO ist zunächst zu prüfen, ob ein Vermutungstatbestand erfüllt ist⁵⁵³. Ist dies der Fall und kann die Vermutung nicht widerlegt werden, entfällt die Beurteilung, ob eine Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt⁵⁵⁴. Mithin entfällt auch die Frage nach Gründen der wirtschaftlichen Effizienz, wobei zusätzlich anzufügen ist, dass in der Praxis kaum Abreden vorliegen dürften, die den Wettbewerb zwar beseitigen, jedoch nicht unter einen Vermutungstatbestand fallen⁵⁵⁵. Jedenfalls ist die Abrede bei Misslingen der Widerlegung der Vermutung unzulässig.

Von Relevanz ist dieses praxisgemässe Vorgehen aus dem folgenden Grund: Im ökonomischen Teil wurde die kollusive Festlegung eines bestimmten Preises durch den Austausch entsprechender Informationen beschrieben. Wird ein solcher Austausch als Abrede im Sinne von Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG betrachtet, so liegt ein Vermutungstatbestand vor, nämlich jener von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG. In einem kartellrechtlichen Verfahren wären daher in einem ersten Schritt nicht Probleme der Erheblichkeit oder der Rechtfertigungsgründe beachtlich, sondern vielmehr die Frage, ob die Widerlegung der Vermutung durch den Nachweis von Innen- oder Aussenwettbewerb gelingt. Erst wenn dies der Fall sein sollte, wäre zu prüfen, ob die Abrede den Wettbewerb erheblich beeinträchtigt und inwiefern sie durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt wäre. Immerhin ist anzuführen, dass der Wettbewerb in den wenigsten Fällen gänzlich ausgeschlossen sein dürfte, sofern nicht alle auf dem relevanten Markt tätigen Unternehmen beteiligt sind⁵⁵⁶.

552 Im Gesetz werden beispielhaft Abreden über die Zusammenarbeit bei der Forschung und Entwicklung, Abreden über die Spezialisierung und Rationalisierung, einschliesslich Abreden über den Gebrauch von Kalkulationshilfen oder auch Abreden über den ausschliesslichen Bezug oder Absatz bestimmter Waren oder Leistungen aufgezählt.

553 VON BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 297.

554 WEBER/VLCEK, Tafeln, S. 45 Fn 3.

555 Vgl. den Hinweis bei ZÄCH, Kartellrecht, S. 210 und 537 sowie WEBER/VLCEK, Tafeln, S. 45 Fn 3.

556 ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar, Art. 5 N 5.

In einem nächsten Schritt ist der erste Teil des Tatbestandes näher zu betrachten. Ausgangspunkt bildet die *Wettbewerbsabrede*. Zu betonen ist, dass eine wirtschaftliche Betrachtung der Abrede im Vordergrund steht. Für die tatbestandsmässige Voraussetzung kommt es nicht darauf an, in welcher rechtlichen Form eine Abrede organisiert ist⁵⁵⁷. Aus diesem Grund können unter »Abrede« sowohl rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen als auch aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen verstanden werden. Denn wirtschaftlich betrachtet, das heisst mit Blick auf die Auswirkungen einer solchen Abrede auf den relevanten Markt, spielt es keine Rolle, ob eine rechtlich verbindliche oder unverbindliche Wettbewerbsabrede vorliegt⁵⁵⁸.

1.2.2. Rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen

a) In der Theorie

Wenig spektakulär ist in der Theorie grundsätzlich die rechtlich erzwingbare Vereinbarung, nämlich der Vertrag nach Art. 1 OR. Es ist daher nicht näher darauf einzugehen. Immerhin aber seien zwei Punkte angefügt: Zum einen spielt es, auch wenn hier die Rechtsgrundlage im schweizerischen Obligationenrecht genannt wurde, keine Rolle, welcher nationalen Zivilrechtsordnung die Absprache unterstellt ist (Art. 2 Abs. 2 KG)⁵⁵⁹. Zum anderen können auch rechtlich verbindliche Beschlüsse oder Statuten von Wirtschaftsverbänden (Vereine) sowie eventuell die Beteiligung an einem Unternehmen durch einen Wettbewerber unter den Begriff der Wettbewerbsabrede fallen⁵⁶⁰.

Die zweite Variante, die rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarung, ist ebenfalls nur kurz abzuhandeln. Die Wortwahl zeigt bereits, dass es hier durchaus um Abreden im eigentlichen Sinne geht, doch sollen diese nach dem Willen der Parteien rechtlich nicht verbindlich sein. Weil die Beteiligten davon ausgehen, dass die Abrede dennoch erfüllt wird, sind keine Sanktionen vorgesehen⁵⁶¹. Solche Abreden werden aufgrund ihres Charakters deshalb auch als »Gentlemen's Agreements« bezeichnet⁵⁶².

557 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 165 ff.; BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 292.

558 BORER, Kartellgesetz, Art. 4 N 7.

559 BORER, Kartellgesetz, Art. 4 N 2.

560 ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar, Art. 4 N 3; ZÄCH, Kartellrecht, S. 176.

561 ZÄCH, Kartellrecht, S. 177; CR CONCURRENCE-KILLIAS, Art. 4 Abs. 1 N 25.

562 BORER, Kartellgesetz, Art. 4 N 2.

Grundsätzlich kann für beide Varianten der Wettbewerbsabrede auf das vertragsrechtliche Schrifttum verwiesen werden. Allerdings erscheint es gerechtfertigt, an dieser Stelle auf praxisrelevante Zusammenhänge einzugehen.

b) In der Praxis

Trotz der zumindest theoretisch wenig problematischen Handhabung sowohl rechtlich erzwingbarer als auch nicht erzwingbarer Vereinbarungen können sich in der Praxis erhebliche Beweisfragen stellen. Das Problem ist meist nicht der Vertrag als solcher, sondern der Beweis seines Zustandekommens, seines Inhalts oder einer allfälligen Abänderung. Art. 1 OR kennt für den Abschluss und damit indirekt auch für die Abänderung (Art. 12 OR) eines Vertrages kein Schriftlichkeitserfordernis. Notwendig ist nur, dass die gegenseitigen Willensäußerungen übereinstimmen. Diese Äusserungen müssen nicht einmal ausdrücklich erfolgen, sondern es genügen konkludente Kundgebungen. Eine rechtlich erzwingbare Vereinbarung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG i.V.m. Art. 1 OR kann demzufolge auch konkludent entstehen.

Art. 1 OR verlangt von den Vertragsparteien, wie gezeigt, übereinstimmende gegenseitige Willensäußerungen, wobei diese ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen können. Stimmen die gegenseitigen Willensäußerungen überein, wurden sich die Parteien mit anderen Worten tatsächlich über alle Punkte, über die sie eine Vereinbarung erzielen wollten, einig, so spricht man von »natürlichem« Konsens. Er ist gewissermassen das Resultat der von den Parteien abgegebenen Erklärungen⁵⁶³. Konsens ist damit in einem ersten Schritt nach Art. 1 OR erforderlich für die Tatsache vertraglicher Einigung zweier Parteien an sich. Entscheidend ist somit in erster Linie der wirkliche Wille der Parteien, determiniert doch dieser grundsätzlich die rechtsgeschäftlichen Rechtswirkungen. Kann er allerdings nicht festgestellt werden, so beurteilt sich die Willensäußerung einer Partei am Ende nicht vom Standpunkt des Erklärenden, sondern von jenem des Adressaten aus. Es ist also weder der innere Wille des Erklärenden noch der Wortlaut des Erklärten, sondern der Sinn, welcher der Erklärung durch den Adressaten beigemessen werden durfte und musste, massgeblich. In einem solchen Fall wird somit ein vom subjektiven Willen des Erklärenden abweichendes Vertrauen des Erklärungsempfängers geschützt⁵⁶⁴. Zu beachten ist aber, dass dies nur für die Frage des effektiven Vertragsschlusses bzw. des Eintritts von Vertragswirkungen gilt. Weder die Parteien noch das Gericht oder die Behörde werden somit von der Aufgabe entbunden, die tatsächlichen Umstände darzulegen

⁵⁶³ Vgl. BK OR-KRAMER, Art. 1 N 122; BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 4.

⁵⁶⁴ BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 6; BK OR-KRAMER, Art. 1 N 122 und 126.

bzw. zu prüfen und zu würdigen. Angesprochen werden damit die sich in der Rechtsanwendung konkret stellenden Probleme, losgelöst von theoretischen Grundlagen.

Ein kartellrechtliches Untersuchungsverfahren (Art. 26 bis 31 KG) führt zu einem verbindlichen Entscheid über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der untersuchten Wettbewerbsbeschränkungen und der allenfalls zu treffenden Massnahmen. Inhalt des Verfahrens ist somit die Ermittlung des Tatsächlichen, das dem nachfolgenden Entscheid zugrunde liegen soll. Gleiches gilt für das zivilrechtliche Verfahren. Gemäss Art. 12 KG können Ansprüche infolge unzulässiger Wettbewerbsbeschränkungen auch vor Zivilgerichten geltend gemacht werden, wobei der Kläger darzutun hat, welches die Tatsachen sind, die seine Ansprüche begründen (Art. 8 ZGB). Zentrales Element ist somit die Beantwortung von Tatsachenfragen bzw. das Beweisverfahren. Diesbezüglich hält Art. 150 ZPO fest, dass rechtserhebliche, streitige Tatsachen Gegenstand des Beweises bilden. Ist streitig, ob eine Vereinbarung (auf welche Art auch immer) zustande gekommen ist bzw. vorliegt, so ist, wie gezeigt, Art. 1 OR beachtlich. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil das Tatsächliche (oftmals) im Hinblick auf eine bestimmte rechtliche Grundlage erstellt wird. Das bedeutet im Verfahren Folgendes: In der *Rechtsanwendung* steht in der Regel eine *Rechtswirkung* des Vertrages im Streit. Beruft sich eine Partei auf eine solche und wird beispielsweise das Zustandekommen des Vertrages im Grundsatz von der Gegenpartei bestritten, so beschränkt sich die Überprüfung im Rahmen der Feststellung des Vertragsabschlusses zunächst auf die Tatfrage, ob ein Austausch übereinstimmender Willenserklärungen – mit einem bestimmten Inhalt – stattgefunden hat, mithin auf den wirklichen Willen der Parteien. Diese tatsächlichen Feststellungen, die dabei zu treffen sind, haben vorerst immer nur die einzelnen Willenserklärungen zum Gegenstand⁵⁶⁵. Der Beweis kann in der Regel sowohl direkt (strikt) als auch indirekt, das heisst durch Indizien, geführt werden. Innere Tatsachen wie der Wille oder das Wissen einer Partei, können allerdings nur indirekt bewiesen werden⁵⁶⁶.

Sowohl äussere als auch innere Tatbestände der Willenserklärungen sind demnach Gegenstand des Beweisverfahrens⁵⁶⁷. Die beweisbelastete Partei hat nicht nur zu beweisen, dass bestimmte Worte gesprochen oder ein Brief angekommen ist, sondern auch, dass sich die andere Partei verpflichtet sowie den Willen hierzu äussern wollte und diese beiden Elemente zudem nach aussen

565 JÄGGI, in: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 169 ff.

566 HASENBÖHLER, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO-Kommentar, Art. 150 N 11 ff.; GASSER/RICKLI, ZPO Kurzkomentar, Art. 150 N 3.

567 BGE 121 III 118; JÄGGI, in: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 264 f.

kundtat⁵⁶⁸. Tatfrage und zu beweisen ist zusammengefasst also, was die Parteien beim Vertragsschluss dachten und wollten sowie Schlüsse auf den Vertragswillen aus dem späteren Verhalten der Parteien. Gelingt es der beweisbelasteten Partei nicht, das soeben Beschriebene zu beweisen, liegt grundsätzlich einmal keine Willenseinigung bzw. ein sogenannter Dissens vor. Gelegentlich wird bei dieser Konstellation auch von Fehltatbestand gesprochen⁵⁶⁹, allerdings stellt der Dissens keine eigenständige Rechtsfigur dar⁵⁷⁰.

Bestimmte Vertragswirkungen können unabhängig vom Vorliegen eines übereinstimmenden wirklichen Willens eintreten, wenn die den Vertrag behauptende Partei in guten Treuen den äusseren Tatbestand unter Würdigung aller ihr erkennbaren Umstände so auffassen durfte und musste⁵⁷¹. Die Rede ist vom *Vertrauensprinzip* bzw. vom normativen Konsens. Dieser liegt dann vor, wenn zwar nicht der wirkliche Wille der Parteien übereinstimmt, der Konsens aber dadurch zustande kommt, dass die Erklärung bzw. das Verhalten der einen Partei von der anderen nach Treu und Glauben in einem bestimmten Sinne verstanden werden durfte⁵⁷². Fallen der Wille des Erklärenden und die Bedeutung des Erklärungsinhalts auseinander, so wird Letzterem der Vorzug gegeben. Mit anderen Worten können Konsenswirkungen eintreten, ohne dass ein Konsens im Sinne eines übereinstimmenden wirklichen Willens vorliegt⁵⁷³. Die Auslegung nach dem Vertrauensgrundsatz, das heisst die Beantwortung der Frage, welche Bedeutung den Willensäusserungen der Parteien, seien sie ausdrücklich oder konkludent erfolgt, beim Vertragsschluss nach Treu und Glauben zukommt, ist eine Rechtsfrage und damit nicht Bestandteil des Beweisverfahrens und der Beweiswürdigung⁵⁷⁴.

Angewandt auf das kartellrechtliche Verfahren bedeutet dies nun, dass sowohl im Verfahren bei der Wettbewerbskommission als auch im zivilrechtlichen Verfahren in erster Linie diejenigen Tatsachen zu beweisen sind, welche die rechtliche Qualifikation als Abrede zulassen. Liegt sie schriftlich vor, so wird der Beweis wohl durch die Urkunde selbst erbracht werden können⁵⁷⁵. Bei mündlichen

568 VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, S. 392; JÄGGI, in: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 22 ff. und 173 ff.; ebenso BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 29.

569 JÄGGI, in: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 317 ff.

570 BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 39.

571 BGE 126 III 375, E. 2 e)aa).

572 BK OR-KRAMER, Art. 1 N 126; BSK OR I-WIEGAND, Art. 18 N 14.

573 BSK OR I-BUCHER, Art. 1 N 6; BK OR-KRAMER, Art. 1 N 126, der in besonderer Klarheit darauf hinweist, dass es sich hierbei somit um eine Situation handelt, in der eine Partei trotz Fehlens eines natürlichen Konsenses (die Parteien sind sich demnach tatsächlich nicht einig geworden) in ihrem Vertrauen auf den objektiv richtig gedeuteten Vertragssinn geschützt wird.

574 BGE 121 III 118, S. 123 ff.; VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht, S. 392.

575 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 194 f.

Abreden ist, wie gezeigt, zu beweisen, welche Personen zu welcher Zeit Äusserungen mit einem bestimmten Inhalt gemacht haben. Dies ist oftmals nur durch den Zeugenbeweis möglich. Gleiches gilt für den konkludent abgeschlossenen Vertrag, wobei dort insbesondere auch das Verhalten der Parteien darzulegen ist bzw. Ausprägungen hiervon zu beweisen sind. Es versteht sich von selbst, dass der Beweis einer mündlich abgeschlossenen Abrede schwierig zu erbringen sein dürfte. Umso mehr hat dies für den konkludenten Vertragsschluss zu gelten. Gemildert wird diese Problematik zwar durch die Einführung der Variante »aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen«, auf welche sogleich einzugehen sein wird, doch zeigen sich auch dort erhebliche Beweisprobleme. Von der Beweislast ist allerdings das Beweismass zu unterscheiden. Darauf wird im letzten Teil noch einzugehen sein.

1.2.3. Aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen

a) Vorbemerkungen

Rechtlich interessanter ist die Qualifikation der aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen. Wann aufeinander abgestimmtes Verhalten vorliegt, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen. Vielmehr handelt es sich um eine offene Umschreibung, um einen unbestimmten Rechtsbegriff⁵⁷⁶. Diese Feststellung ist beachtlich, denn sie hat Auswirkungen auf die rechtliche Tragweite. Von einem unbestimmten Rechtsbegriff wird gesprochen, wenn der Rechtssatz die Voraussetzungen der Rechtsfolge oder die Rechtsfolge selbst in offener, unbestimmter Weise umschreibt⁵⁷⁷. Die Bedeutung der Qualifizierung als unbestimmter Rechtsbegriff zeigt sich in der Abgrenzung zum Ermessen. Zwar räumen sowohl Ermessens- als auch unbestimmte Rechtsbegriffe der rechtsanwendenden Behörde einen Spielraum ein, doch unterscheiden sie sich in ihrer Überprüfbarkeit. Während Gerichte Ermessensentscheide von Verwaltungsbehörden in der Regel nicht mehr überprüfen können, steht ihnen bei unbestimmten Rechtsbegriffen eine Rechtskontrolle zu⁵⁷⁸. Zudem sind unbestimmte Rechtsbegriffe der Auslegung zugänglich, weshalb ihre Konkretisierung ohne Weiteres durch die Rechtsanwendung erfolgt⁵⁷⁹. Immerhin auferlegen sich Gerichte bei der Überprüfung von unbestimmten Rechtsbegriffen eine gewisse Zurückhaltung, dies vor allem dann, wenn der Entscheid besondere Kenntnisse oder Vertrautheit mit den tat-

576 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 168; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 101.

577 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 94 ff.

578 HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 94 f.

579 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 169; vgl. auch BGE 127 II 184, S. 191.

sächlichen Verhältnissen voraussetzt⁵⁸⁰. Ergibt die Gesetzesauslegung, dass die offene Normierung den Verwaltungsbehörden einen gerichtlich zu respektierenden Beurteilungsspielraum einräumen wollte, und ist dies mit der Verfassung vereinbar, so darf und muss das Gericht seine Kognition entsprechend einschränken⁵⁸¹. Ob die Zurückhaltung der Gerichte mit der Verfassung vereinbar ist, muss in jedem Fall einzeln beurteilt werden. Im Bereich des Wirtschaftsrechts und insbesondere im Kartellrecht ist es gemäss Lehre und Rechtsprechung unumgänglich, weit gefasste Delegationsnormen oder unbestimmte Rechtsbegriffe in grosszügiger Weise zu verwenden, verlangt doch bereits Art. 96 Abs. 1 BV, dass kartellrechtlich relevante Praktiken situativ differenziert beurteilt werden⁵⁸². Situative Differenzierung bei der Beurteilung einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bedeutet wiederum, dass den ökonomischen Gegebenheiten in jedem Einzelfall Rechnung getragen wird. Nur dann wird diese Bestimmung verfassungskonform gehandhabt und insofern lässt es der unbestimmte Rechtsbegriff der abgestimmten Verhaltensweise zu, die neusten ökonomischen Erkenntnisse in die Beurteilung einfließen zu lassen⁵⁸³.

b) Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise

»Abgestimmte Verhaltensweise« (engl. *concerted practice*; franz. *pratiques concertées*) als Begriff des Kartellrechts ist keine neuartige Erscheinung. Schon 1972 beschäftigten sich deutsche Juristen bzw. Kartellrechtler mit dem Phänomen⁵⁸⁴. Die Diskussion entstand im Nachgang zum so genannten Teerfarbenbeschluss, in dem der Kartellsenat des Bundesgerichtshofs § 1 Abs. 1 des damaligen Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27. Juli 1957 (GWB) und dabei namentlich den Vertragsbegriff auszulegen hatte⁵⁸⁵. In der deutschen und der europäischen Praxis folgten alsdann weitere Gelegenheiten des Austausches über den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise⁵⁸⁶. Zentral war die Feststellung, dass es bei abgestimmten Verhaltensweisen nicht um die rechtliche oder faktische Bindung und damit die Aufgabe der unternehmerischen Autono-

580 BGE 131 II 680, S. 683 f.; beachtlich ist diese Tatsache dann, wenn Entscheide der Wettbewerbsbehörde oder eines Gerichts weitergezogen werden.

581 BGE 127 II 184, S. 191.

582 RHINOW RENÉ/GUROVITS ANDRÁS A., Gutachten, S. 610 f.

583 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 168.

584 ULMER, Abgestimmte Verhaltensweisen, S. 5 ff.

585 Vgl. BGHSt 24, 54 vom 17. Dezember 1970.

586 Unterdessen kennen die meisten Kartellgesetze der Mitgliedstaaten der Europäischen Union nach dem Vorbild des EGV bzw. nunmehr des AEUV ebenfalls ein Verbot abgestimmter Verhaltensweisen; vgl. den heutigen § 1 GWB.

mie als Marktpartner geht, sondern um eine freiwillige gegenseitige Anpassung der Wettbewerbsmittel nach vorheriger »*Fühlungnahme*«. Der Grund für die Einhaltung solcher unverbindlicher Abstimmungen liege in der oligopolistischen Struktur des betroffenen Marktes und dem damit einhergehenden Bewusstsein der Reaktionsverbundenheit zwischen den Marktteilnehmern. Aus diesem Grund seien abgestimmte Verhaltensweisen eine charakteristische Erscheinung oligopolistischer, durch eine beschränkte Anzahl von Anbietern und unvollkommenen Wettbewerb gekennzeichnete Märkte⁵⁸⁷.

Auch in der Schweiz wird der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise nicht erst seit Kurzem analysiert. Zum Kartellgesetz von 1985 hielt bereits HOMBURGER fest, dass aufeinander abgestimmtes Verhalten dann vorliegt, wenn mehrere Unternehmungen bewusst und gewollt ihr wirtschaftliches Verhalten nach einem gemeinsamen Plan ausrichteten, dessen Verwirklichung dazu führe, dass für eine erhebliche Gruppe von Marktpartnern im Verlaufe der Zeit keine bedeutsamen Marktalternativen entstünden⁵⁸⁸. Unter Plan dürfe jedoch nicht eine Abrede verstanden werden. Vielmehr sei wesentlich, dass das Verhalten der einzelnen beteiligten Unternehmen auf den gleichen Vorstellungen über das Marktgeschehen und – insbesondere – auf dem durch Erfahrung bestätigten Vertrauen beruhe, dass sich die Übrigen entsprechend diesen Vorstellungen verhalten würden⁵⁸⁹. Es ist allerdings zu beachten, dass Art. 4 Abs. 1 KG 85, den HOMBURGER kommentierte, nach seinem Wortlaut wesentlich weiter ging. Das Kartellgesetz von 1985 qualifizierte die abgestimmte Verhaltensweise nicht als Auffangtatbestand zum Vertrag. Vielmehr wurde sie als stillschweigende, durch konkludentes Verhalten zum Ausdruck gebrachte Koordinierung angesehen, bei welcher es gerade nicht an einer vertraglichen Grundlage mangelte⁵⁹⁰. Deshalb können Literatur und Rechtsprechung dazu im Rahmen des heutigen Kartellgesetzes nur sehr eingeschränkt hinzugezogen werden. Immerhin aber sind gewisse Elemente auch heute noch bedeutsam, wie sogleich zu zeigen sein wird.

In den Schweizer Standardwerken herrscht mittlerweile Einigkeit hinsichtlich der Definition des Begriffes der abgestimmten Verhaltensweise. Mit Verweis auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wird unter einer abgestimmten Verhaltensweise eine Form der Koordination zwischen Unternehmen (gleicher oder unterschiedlicher Marktstufen) verstanden, die zwar noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, jedoch bewusst die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen

587 ULMER, Abgestimmte Verhaltensweisen, S. 7 ff.

588 HOMBURGER, Kartellgesetz, S. 91 f., mit Verweis auf die Dissertation von HEINRICH SATTLER, Zürich 1970.

589 HOMBURGER, Kartellgesetz, S. 91 f.

590 STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 68, m.w.H.

Wettbewerbs treten lässt⁵⁹¹. Erforderlich ist ein Mindestmass an Verhaltenskoordination, wobei die Voraussehbarkeit des Verhaltens der übrigen Wettbewerber sowie das Bewusstsein eines parallelen Vorgehens noch nicht ausreichen, um ein abgestimmtes Verhalten annehmen zu können⁵⁹².

Selbst wenn die Definition insofern klar ist, sagt sie nichts darüber aus, wie die Koordination durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken stattfindet. Klar ist zunächst, dass noch kein Vertrag vorliegen darf. Eine gegenseitige übereinstimmende Willensäusserung darf somit gerade nicht erfolgen. Immerhin aber erscheint die Orientierung am Zweck des Vertrages sinnvoll. Dieser ist in der Regel in die Zukunft gerichtet, weshalb die Parteien in diesem Fall zukünftiges Verhalten verbindlich festsetzen. Der Abschluss des Vertrages erfolgt durch Übertragung relevanter Informationen, sei dies nun mündlich bzw. mit Hilfe von Kommunikationstechnologien oder konkludent, andernfalls durch schriftliche Festlegung des Vertragsinhalts in einer Urkunde. Der Vertrag zeichnet sich demnach insbesondere durch zwei Elemente aus: Den Austausch von Informationen zwecks Erreichung eines übereinstimmenden Willens und die Absicht, dass sich die Parteien daran zu halten haben. Darf, wie dies bei abgestimmten Verhaltensweisen der Fall ist, (noch) kein Vertrag vorliegen, so müssen der Zweck, nämlich die Erreichung eines übereinstimmenden Willens, oder die Absicht der Verbindlichkeit wegfallen⁵⁹³. Übrig bleibt im Wesentlichen das objektive Element des Informationsaustauschs. Trotz des Wegfalls des Willens und der Absicht verbleibt allerdings insofern ein subjektives Element, als dass sich die Unternehmen immerhin bewusst für den Informationsaustausch entscheiden oder entsprechende Informationen entgegen nehmen. Die abgestimmte Verhaltensweise charakterisiert sich somit dadurch, dass bewusst – und in diesem Sinne planmässig – Informationen ausgetauscht werden, was den Unternehmen in der Folge die Antizipierung des Verhaltens der Konkurrenten erleichtert⁵⁹⁴. Entsprechend können sie

591 EuGH, Urteil vom 14. Juli 1972, Rs. 52/69, Slg. 1972, S. 830 Rz 26 – Geigy/Kommission; ZÄCH, Kartellrecht, S. 177; BORER, Kartellgesetz, Art. 4 N 13; vgl. auch ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar, Art. 4 N 2; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 101; BGE 129 II 18, S. 26 f., E. 6.3; die aktuellste Übersicht zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes findet sich in EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, Rs. C-8/08, Rz 26 ff., diverse Mobilfunkanbieter gegen Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

592 BORER, Kartellgesetz, Art. 4 N 13; EMCH, kollektive Marktbeherrschung, S. 168 ff.

593 STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 68.

594 BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 102; EMCH, kollektive Marktbeherrschung, S. 169. Der Begriff »planmässig« bezieht sich nicht auf das zukünftige Verhalten und somit auf einen konkreten (Vertrags-)Inhalt als Endprodukt, sondern vielmehr auf das Zusammenwirken hinsichtlich des Vorgangs des Informationsaustauschs. BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 195, erwähnt diesbezüglich die Willensübereinstimmung zwischen den Unternehmen bezüglich des Zusammenwirkens. Sofern er damit (mit der Terminologie »Zusammenwirken«) eine übereinstimmende Willensäusserung bezüglich

ihr eigenes Verhalten danach ausrichten. Erfolgt danach gewollt eine Verhaltensanpassung, so ist das Merkmal des »bewussten und gewollten Zusammenwirkens« gegeben. Durch den Informationsaustausch werden letztlich die Unsicherheiten beseitigt, welche die Unternehmen an einer allfälligen Anpassung ihres Verhaltens gehindert hätten⁵⁹⁵. Die Koordination geschieht folglich mittels *Antizipation* und *Anpassung* auf der Basis ausgetauschter *Informationen*. Auf diese drei Pfeiler stützt sich die abgestimmte Verhaltensweise. Gleichzeitig wird die Bedeutung des Informationsaustauschs ersichtlich: Eine Abstimmung kann nur erfolgen, wenn bekannt ist, wohin bzw. woran die Angleichung erfolgen soll. Der Austausch kann zwischen den Unternehmen direkt (darin eingeschlossen ist die Verwendung eines bei einem Dritten stehenden Servers, sofern sich der Dritte nicht aktiv am Austausch beteiligt) oder über Dritte (beispielsweise über einen Verband) erfolgen. Im Sinne einer begrifflichen Präzisierung kann somit festgehalten werden, dass der Koordination Kommunikation zwischen den beteiligten Unternehmen, mithin die (einseitige) Übermittlung oder der (wechselseitige) Austausch von Informationen über Wettbewerbsparameter, vorausgeht⁵⁹⁶. Anzuführen bleibt, dass die Abstimmung des Verhaltens – auf Basis der ausgetauschten Informationen – ebenfalls *stillschweigend* erfolgen kann⁵⁹⁷. Stillschweigend abstimmen bedeutet in diesem Kontext, dass sich ein Wettbewerber für ein Verhalten entscheidet in der Erwartung, dass ihm die übrigen Wettbewerber folgen werden, wobei diese von der Erwartung Kenntnis haben⁵⁹⁸.

Zur Abgrenzung der abgestimmten Verhaltensweise von der Abrede ein Beispiel: Tauschen die Unternehmen Preisinformationen aus und stimmen sie darin überein, dass der ausgetauschte Preis von beiden künftig auf dem Markt verlangt werden soll, so liegt bereits eine Abrede vor, denn die wesentlichen Punkte des Vertrages sind erfüllt. Es besteht ein Konsens über den auf dem Markt zu verlan-

des zukünftigen Verhaltens meint, scheint dies zu nahe an einer Vereinbarung zu sein. Erzielen die Unternehmen eine Einigung über das zukünftige Verhalten und erachten sie diese als verbindlich, ohne jedoch ein Abweichen sanktionieren zu wollen, so liegt m.E. eine rechtlich nicht erzwingbare Vereinbarung vor. Die Willensübereinstimmung darf im Rahmen abgestimmter Verhaltensweisen daher (höchstens) eine Übereinstimmung bezüglich des Informationsaustausches sein. Die Unternehmen dürfen damit lediglich dahingehend übereinstimmen, dass Informationen ausgetauscht werden, die eine bestimmte Erwartung begründen werden. Die von BRÜTSCH selber gemachte Relativierung dürfte wohl in diese Richtung zu verstehen sein (S. 196, Fn 994). Zu betonen ist immerhin, dass diese Differenzierung in der Regel nur von theoretischer, wie gezeigt aber nicht von praktischer Relevanz ist; vgl. auch HOMBURGER, Kartellgesetz, S. 93 (insb. Rz 49).

595 Vgl. auch CR CONCURRENCE-KILLIAS, Art. 4 Abs. 1 N 22; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 102; BGE 129 II 18, S. 27, E. 6.3.

596 Vgl. vorstehend § 5 Ziff. 2.4 und § 7 Ziff. 2.3; im Übrigen im Ergebnis auch RPW 2004/3, S. 736 Rz 34; EMCH, kollektive Marktbeherrschung, S. 169.

597 Vgl. auch BORER, Kartellgesetz, Art. 4 N 12.

598 SCHMIDHAUSER, in: HOMBURGER et al., Art. 4 N 46.

genden Preis. Inwiefern das versprochene Verhalten erzwingbar sein soll, spielt keine Rolle. Ebenso irrelevant ist, ob lediglich ein Unternehmen Informationen weitergibt oder ein richtiger Austausch stattfindet. Der Wille des nur empfangenden Unternehmens kann auch dadurch kundgegeben werden, dass es sich entsprechend verhält, mithin konkludent. Damit also eine abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, darf nach dem Gesagten zwischen den Unternehmen somit keine Einigkeit über den Inhalt der Information und das spezifisch daran geknüpfte Verhalten bestehen. Vielmehr ist in einem früheren Stadium anzusetzen, und zwar dort, wo sich die Unternehmen darüber verständigen (auch konkludent), bestimmte Informationen weiterzugeben oder auszutauschen in der Erwartung, dass sich alle am Austausch beteiligten Wettbewerber gemäss dem Inhalt der Information verhalten werden⁵⁹⁹. Das Verhalten der beteiligten Unternehmen basiert somit auf den gleichen Vorstellungen über das Marktgeschehen. Wesentlich ist, dass die Wettbewerber auf die Erwartungen vertrauen und dieses Vertrauen durch gemachte Erfahrungen über die Zeit hinweg bestätigt wird⁶⁰⁰.

c) Das Selbständigkeitspostulat

Aus unternehmerischer Sicht fragt sich, inwiefern der eigene Handlungsspielraum durch das Kartellrecht eingeschränkt wird. Hierzu sind zwei Überlegungen vorzunehmen: Aus wettbewerbsrechtlicher Sicht gilt das Selbständigkeitspostulat, das heisst die Verpflichtung jedes Unternehmens, selbständig das eigene Verhalten am Markt zu bestimmen. Daraus folgt nun aber nicht, dass es den Unternehmen untersagt wäre, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten der Wettbewerber anzupassen. Dies gilt umso mehr, als dass wirksamer Wettbewerb erfordert, dass Unternehmen in ihren unternehmerischen Entscheidungen frei sind, den Wettbewerb auf einem bestimmten Markt aufzunehmen und die betreffenden Wettbewerbsparameter individuell und unabhängig festzulegen⁶⁰¹. Allerdings, und dies betrifft die zweite Überlegung, steht das Kartellrecht derjenigen Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die geeignet ist, entweder das Verhalten eines (aktuellen oder potentiellen) Wettbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen über das eigene Vorgehen zu orientieren, wenn diese Fühlungnahme bezweckt oder bewirkt, dass auf dem gemeinsamen Markt Bedin-

599 Ähnlich STOFFEL, in: SIWR V/2, S. 68.

600 So bereits schon HOMBURGER, Kartellgesetz, S. 91 f.; SCHMIDHAUSER, in: HOMBURGER ET AL., Art. 4 N 46; vgl. im Übrigen vorstehend § 11 Ziff. 3.2, insb. Ziff. 3.2.4, wo die Wirkung dieser Elemente bereits aus spieltheoretischer Sicht behandelt worden ist.

601 RPW 2010/4, S. 737 Rz 177 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, S. 183; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 47; ULMER, abgestimmte Verhaltensweisen, S. 12 f., mit weiteren Hinweisen.

gungen entstehen, die nicht dem normalen Wettbewerb entsprechen⁶⁰². Eine Verhaltensweise aufgrund einer gewählten Strategie wird somit dann unzulässig, wenn diese nicht unter Inkaufnahme des Risikos ihres Scheiterns unternommen wird, und zwar im Rahmen dessen, was angesichts der Marktlage als durchsetzbar erscheint⁶⁰³. Die unternehmerische Entscheidungsautonomie wird also dahingehend beschränkt, dass dieses Risiko nicht durch vorherige Verständigung vermindert werden darf und der Handlungsspielraum dadurch künstlich erweitert wird⁶⁰⁴.

d) Abgrenzungen

Führt die soeben behandelte Abstimmung zu gleichförmigem bzw. parallelem Verhalten, so rücken bedeutsame Abgrenzungen ins Zentrum der Untersuchung. Nicht nur abgestimmte Verhaltensweisen im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG können eine Wettbewerberscheinung darstellen, sondern auch das oftmals in engen Oligopolen anzutreffende (eigennützige) strukturbedingte oder gewöhnliche Parallelverhalten. Dieses Phänomen fällt nicht unter den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise, weil es an einer Abstimmung bzw. gewollten Konzertierung und damit am wesentlichen Element von Art. 4 Abs. 1 KG fehlt, selbst wenn ihnen das äussere Erscheinungsbild gemeinsam ist⁶⁰⁵. Gleichförmiges Parallelverhalten wird oftmals auch als erlaubt, natürlich oder gewöhnlich bezeichnet, womit versucht wird, auf die besondere Natur des Verhaltens hinzuweisen. Das Bundesgericht verwendet indessen – wohl im Sinne eines Überbegriffes – den Ausdruck »blosses Parallelverhalten«⁶⁰⁶. Erlaubt ist gleichförmiges Verhalten unter dem Blickwinkel von Art. 4 Abs. 1 KG dann, wenn es an einer Abstimmung fehlt (immerhin ist aber Art. 7 KG nicht aus den Augen zu verlieren), wobei die Begriffe »gewöhnlich«, »natürlich« und »strukturbedingt« verdeutlichen, dass das Verhalten eine Wettbewerberscheinung darstellt, die nicht aufgrund des Willens der Wettbewerber, sondern durch die Marktstruktur oder andere – exogene – Faktoren bedingt ist. In diesen Situationen fehlt es daher an einer

602 RPW 2001/2, S. 313, Rz 35, mit dem Verweis auf das Deutsche GWB; EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, Rs. C-8/08, Rz 33 und 43; ähnlich ULMER, abgestimmte Verhaltensweisen, S. 14 f.

603 ULMER, abgestimmte Verhaltensweisen, S. 14.

604 ULMER, abgestimmte Verhaltensweisen, S. 15.

605 In allen Fällen handelt es sich somit – in der Regel – um Parallelverhalten. Die Frage kann daher nur lauten, inwiefern ein Verhalten von Art. 4 Abs. 1 KG erfasst wird; vgl. BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 192; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 116 f.; RPW 2003/1, S. 134 Rz 161.

606 BGE 129 II 18, S. 27, E. 6.3.

auf welche Art auch immer zustande gekommenen Kooperation und (allenfalls) am Willen zur *gemeinsamen* (kollektiven) Gewinnmaximierung⁶⁰⁷.

Die Vielfalt der Begriffe verlangt nach einer Klärung. Letztendlich geht es um die Abgrenzung von Parallelverhalten, die unter Art. 4 Abs. 1 KG fallen und solchen, die nicht unter diese Bestimmung subsumiert werden können. Während den abgestimmten Verhaltensweisen im Sinne der genannten Bestimmung stets eine Abstimmung bzw. Koordination zugrunde liegt, dient das gleichförmige Verhalten in den anderen erwähnten Fällen gerade nicht der Erreichung eines gemeinsamen Zieles, beispielsweise der Gewinnmaximierung. Vielmehr liegt ein einseitiger individueller Entscheid eines Wettbewerbers vor, der aufgrund äußerer Faktoren notwendig – wenn nicht gar aufgezwungen⁶⁰⁸ – wurde. Der Entscheid ist in diesem Fall also autonom gefällt worden und wirtschaftlich bedingt. So handelt es sich beim *strukturbedingten Parallelverhalten* um gleichförmiges Verhalten, das einzig auf der in einem engen Oligopol bestehenden gegenseitigen Interdependenz (Reaktionsverbundenheit) basiert⁶⁰⁹. Ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken liegt somit nicht vor. Die vorherrschende Marktstruktur reicht aus, um das Verhalten der Wettbewerber zu antizipieren⁶¹⁰. Noch einfacher ist es beim *gewöhnlichen Parallelverhalten*. Hier führen exogene Marktfaktoren zu einer Situation, in welcher die Wettbewerber gleichförmig reagieren. Gewöhnliches Parallelverhalten ist insbesondere auf oligopolistischen Märkten bzw. auf solchen mit homogenen Gütern beobachtbar⁶¹¹.

Als Überbegriff für gleichförmiges Verhalten, das nicht unter Art. 4 Abs. 1 KG fällt, kann »wirtschaftlich bedingtes Parallelverhalten« verwendet werden. Unter diesen Begriff können sowohl strukturbedingtes bzw. natürliches als auch gewöhnliches Parallelverhalten subsumiert werden. Aufgrund seiner Klarheit sollte zudem der Begriff »strukturbedingt« an Stelle von »natürlich« verwendet werden, wenn es um ein Parallelverhalten geht, das seine Ursache in einer oligopolistischen Marktstruktur hat. »Gewöhnlich« ist das Verhalten dann, wenn die Wettbewerber auf veränderte Marktdaten gleichförmig reagieren, beispielsweise im Rahmen einer Veränderung der Rohstoffpreise⁶¹². Daraus wird ersichtlich,

607 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 19 f.; ZÄCH, Kartellrecht, S. 178; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 116.

608 Ähnlich BGE 129 II 18, S. 27, E. 6.3.

609 Zu diesem Thema kann auf die im ökonomischen Teil gemachten Ausführungen verwiesen werden, vgl. § 8 Ziff. 3.3, insb. Ziff. 3.3.2.

610 RPW 2003/1, S. 134 Rz 161.

611 ZÄCH, Kartellrecht, S. 178; BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 293.

612 Vgl. auch BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 293; zu den verschiedenen Formen vgl. im Übrigen auch BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 108 ff. und die schematische Darstellung bei EMCH, kollektive Marktbeherrschung, S. 172; ZÄCH, Europäisches Wirtschaftsrecht, S. 288.

dass für kartellrechtlich unbedenkliches Parallelverhalten vor allem erkenn- bzw. nachweisbare Faktoren vorliegen müssen. Fehlen sie, liegt der Schluss auf eine Abrede (in welcher Form auch immer) nahe, denn ohne sie wäre ein Parallelverhalten kaum möglich⁶¹³.

Auf die Wendung »erlaubtes Parallelverhalten« sollte hingegen verzichtet werden, und zwar unabhängig davon, für welches Verhalten sie verwendet wird. Denn sie trägt bereits eine rechtliche Würdigung in sich, die im Rahmen der Begrifflichkeiten eher Verwirrung stiftet als Klarheit schafft. So können sowohl strukturbedingtes als auch gewöhnliches Parallelverhalten kartellrechtlich *erlaubt* sein. Ebenso zu verzichten ist auf den – bis jetzt noch nicht erwähnten – Begriff des »bewussten Parallelverhaltens«. Ob ein Verhalten bewusst oder unbewusst ist, sagt nichts über die Ursachen der Gleichförmigkeit aus. Der Begriff dient weiter auch nicht dazu, Erlaubtes von Unerlaubtem abzugrenzen, kommt es doch im Rahmen von Art. 4 Abs. 1 KG gerade nicht auf einen irgendwie gearteten Willen der beteiligten Unternehmen an, sondern genügt vielmehr bereits das Vorliegen einer entsprechenden Wirkung. Sowohl gewöhnliches als auch strukturbedingtes Parallelverhalten können denn auch bewusst und unbewusst erfolgen⁶¹⁴.

Ein weiteres Phänomen neben den bereits erwähnten ist die so genannte *Preisführerschaft*. Auch hiervon ist die abgestimmte Verhaltensweise abzugrenzen. Bei der Preisführerschaft besitzt ein Unternehmen aufgrund eines Marktvorteils, der ihm eine gewisse Marktmacht verleiht, beispielsweise durch Effizienzvorteile oder höhere Marktanteile, einen grösseren Spielraum zur Preisfestsetzung. In diesem Fall haben sich die Wettbewerber an die Preisentscheide des Preisführers zu halten, um einen Preiskampf bzw. den Verlust von Marktanteilen zu verhindern. Zu einem auf die Preisführerschaft zurückzuführenden Verhalten kommt es demnach dann, wenn die weniger effizienten Unternehmen feststellen, dass sie einen Preiskrieg nicht gewinnen können. Auch die Preisführerschaft ist vor allem in oligopolistischen Märkten anzutreffen⁶¹⁵.

Aus den soeben gemachten Ausführungen erhellt, dass gleichförmiges Verhalten verschiedene Ursachen haben kann. Diese Ursachen sind in jedem Einzelfall zu prüfen. Entscheidend ist dabei, ob das gleichförmige Verhalten auf eine irgendwie geartete Abstimmung bzw. Koordination zurückgeführt werden kann.

613 Vgl. auch ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar, Art. 4 N 5.

614 BGE 129 II 18, S. 27, E. 6.3; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 19 f.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 111.

615 Zum Ganzen BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, S. 293; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 109.

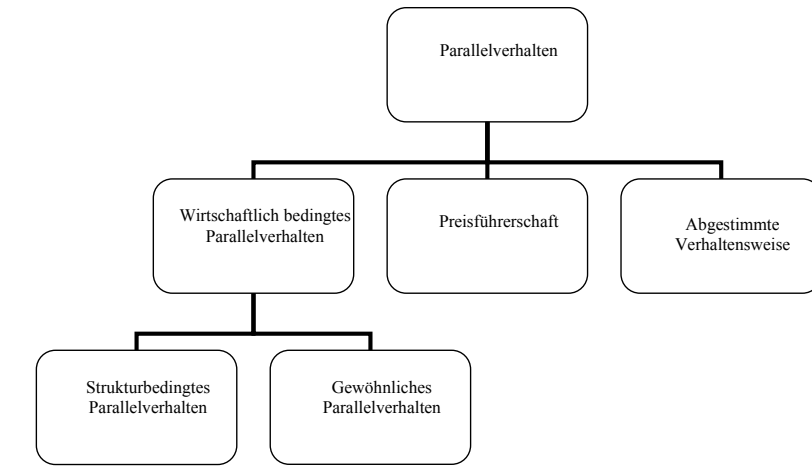


Abbildung 6: Übersicht Parallelverhalten

e) In der Praxis

Bereits im Bereich der rechtlich erzwingbaren oder nicht erzwingbaren Vereinbarungen wurde aufgezeigt, welche Beweisschwierigkeiten in der Praxis bestehen können. Auch wenn das Tatbestandsmerkmal der abgestimmten Verhaltensweise als Auffangtatbestand zu demjenigen der rechtlich erzwingbaren und der nicht erzwingbaren Vereinbarung konzipiert ist⁶¹⁶, um einen möglichst weiten Kreis wettbewerbsschädlicher Verhaltensweisen zu erfassen, so gilt diese »Vereinfachung« nicht hinsichtlich allfälliger Beweisfragen⁶¹⁷. Nicht nur die Abgrenzung zwischen abgestimmten Verhaltensweisen und rechtlich nicht erzwingbaren Vereinbarungen, sondern auch diejenige zwischen Ersteren und Parallelverhalten, das nicht unter Art. 4 Abs. 1 KG fällt, ist in der Praxis oft eine nur schwer zu überwindende Hürde⁶¹⁸. Aufgrund der Gleichsetzung der verschiedenen »Abredearten« rückt jedoch vor allem die zweite Abgrenzung in den Vordergrund.

Immerhin lässt die begriffliche Differenzierung und Abgrenzung, wie sie hinsichtlich der abgestimmten Verhaltensweisen und dem kartellrechtskonformen

616 ZÄCH, Kartellrecht, S. 177.

617 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 194 ff.

618 Vgl. auch ÜLMER, abgestimmte Verhaltensweisen, S. 29 ff.

Parallelverhalten vorgenommen wurde, eine Eingrenzung des Beweisthemas zu. Im verwaltungsrechtlichen Verfahren hat die Wettbewerbsbehörde, im zivilrechtlichen der Kläger, zu beweisen⁶¹⁹, dass (1) zwischen den beteiligten Unternehmen Informationen ausgetauscht oder einseitig preisgegeben wurden, mithin Kommunikation (Übermittlung oder Austausch von Informationen über Wettbewerbsparameter) stattgefunden hat⁶²⁰, (2) dieser Austausch bzw. der Kommunikationsakt von den Unternehmen gewollt war, (3) auf dem Markt tatsächlich ein paralleles Verhalten festgestellt werden konnte (wobei dies oftmals der Ausgangspunkt der Verfahrenseröffnung sein dürfte) und (4) die Verhaltensanpassung einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck bzw. eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung hatte (dazu nachfolgend Ziff. 1.2.4). Wie ganz allgemein bei den Vereinbarungen, kann auch hier der Beweis sowohl *direkt* als auch *indirekt* geführt werden. Wird er, was zwar nicht auszuschliessen, aber doch eher unwahrscheinlich ist, direkt geführt, so ergeben sich hinsichtlich der Beweisführung kaum Unterschiede zu Konstellationen mit Vereinbarungen. In der Regel kommen insbesondere Urkunden als Beweismittel in Betracht, namentlich allfälliger Schriftwechsel der beteiligten Unternehmen, Protokolle von Sitzungen oder andere Aufzeichnungen⁶²¹. Daneben ist auch an Zeugenaussagen zu denken, deren Wert zwar in gewissen Fällen zweifelhaft sein kann. Zur Untersuchung innerer Tatsachen wird man jedoch nicht umhin kommen, die Verantwortlichen der Unternehmen direkt zu befragen. Das Beweisverfahren muss nach dem Gesagten zu Tage fördern, dass wenigstens ein Unternehmen Informationen über Wettbewerbsparameter einem anderen hat zukommen lassen. Gemäss der in dieser Arbeit verwendeten Definition der Kommunikation⁶²² muss nun der Empfänger der Information entsprechend reagieren, namentlich durch Übertragung gleichgerichteter Informationen an den ursprünglichen Absender, was auch konkludent erfolgen kann, beispielsweise durch ein entsprechendes Verhalten⁶²³.

Meistens aber kann der Nachweis einer abgestimmten Verhaltensweise nur über Indizien erfolgen⁶²⁴. Unter einem Indizienbeweis versteht man einen mittelbaren Beweis, der zwar einen Schluss auf eine beweisbedürftige Tatsache zulässt, diese aber nicht direkt belegt⁶²⁵. Ausgangspunkt eines solchen mittelbaren

619 BORER, Kartellgesetz, Art. 39 N 4 ff.; ZÄCH, Kartellrecht, S. 216 f.

620 Beachte die Terminologie der europäischen Wettbewerbsbehörden, die von »Führungsnahme« im Sinne einer Kontaktaufnahme sprechen; vgl. EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 N 104.

621 EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 N 119 ff.

622 Vgl. vorstehend § 5 Ziff. 2.4.

623 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 196.

624 BGE 129 II 18, S. 27, E. 6.3; RPW 2007/3, S. 421 Rz 48 ff.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 112.

625 RPW 2007/3, S. 421 Rz 48; vgl. auch ULMER, abgestimmte Verhaltensweisen, S. 31.

bzw. Indizienbeweises muss stets der konkrete Markt sein. Aufgrund der Marktbedingungen kann auf einer theoretischen Ebene eruiert werden, welche Handlungsalternativen die Wettbewerber haben⁶²⁶. Ergibt die Untersuchung, dass die Unternehmen mehrere Handlungsalternativen hatten bzw. hätten, so unter anderem wenn keine exogenen Faktoren festgestellt werden können, die ein bestimmtes Verhalten geradezu erzwingen, ist der Schluss auf eine Verhaltensabstimmung möglich – oder gerechtfertigt. Letztlich aber erfordert gerade der Indizienbeweis eingehende Abklärungen und die Indizien sind in ihrer Gesamtheit zu würdigen; vor voreiligen Schlüssen, wie auch vor Plausibilitätsüberlegungen, sollte sich die Wettbewerbsbehörde⁶²⁷ hüten, insbesondere wenn auch die Ambivalenz unternehmerischen Handelns in die Erwägung mit einbezogen wird: Die Übermittlung einer zukünftig beabsichtigten Preiserhöhung kann sowohl auf bestehenden Wettbewerb als auch auf eine Wettbewerbsbeschränkung hinweisen⁶²⁸. Die Wettbewerbsbehörde wird deshalb sämtliche Umstände (insb. die Marktstruktur) zu beachten haben.

Im Entscheid zum *Mobilfunkmarkt* stellte die WEKO zunächst aufgrund einer im Vorfeld der Untersuchung vorgenommenen Marktbeobachtung fest, dass die von einer Mobilfunkanbieterin vorgenommenen und öffentlich angekündigten Preis- oder Sortimentsänderungen von den übrigen Wettbewerbern innerhalb weniger Tage oder Wochen mit »vergleichbaren oder annähernd analogen Massnahmen beantwortet wurden«⁶²⁹. Die WEKO eröffnete schliesslich aufgrund dieser Anhaltspunkte die Untersuchung, auch vor dem Hintergrund, dass gerade öffentliche Ankündigungen ein Instrument zur Verhaltensabstimmung sein können. In der Folge untersuchte die WEKO in einem ersten Schritt das tatsächliche Verhalten der Mobilfunkanbieter und überprüfte damit, ob sich die Vermutung eines parallelen Verhaltens durch die Untersuchungsergebnisse stützen lässt⁶³⁰. Kann das Vorliegen parallelen Verhaltens bestätigt werden, erfolgt der zweite Schritt: Es muss geprüft werden, worauf dieses Verhalten zurückzuführen ist. Dabei sind die bereits erwähnten Abgrenzungen zu machen. Liegen exogene Faktoren vor, die zu diesem Verhalten »zwingen«? Bedingt die Marktstruktur ein gegenseitiges Nachahmen? Inwiefern haben sich die Wettbewerber verständigt? Zu beachten ist aber auch, dass zwar zunächst die Voraussetzungen für – bei-

626 RPW 2002/1, S. 84; ähnlich BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 112; vgl. aber insb. EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 N 122.

627 Der Einfachheit halber, aber auch aufgrund der praktischen Relevanz, wird im Rahmen dieser Arbeit in der Regel von Wettbewerbsbehörde gesprochen, ohne dabei den Kläger oder das Gericht im zivilrechtlichen Verfahren ausschliessen zu wollen.

628 EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 N 122; RPW 2007/3, S. 421 Rz 48; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 197.

629 RPW 2002/1, S. 113.

630 RPW 2002/1, S. 113 ff.

spielsweise – strukturbedingtes Parallelverhalten gegeben sein können⁶³¹. Fallen einzelne oder mehrere dieser Bedingungen in der Folge aber weg und wird auf dem Markt dennoch weiterhin ein Parallelverhalten festgestellt, so könnte daraus geschlossen werden, dass die Ursache des andauernden Verhaltens Koordinationsmassnahmen der Unternehmen sind⁶³². Bei der Würdigung der Umstände hat die Wettbewerbsbehörde, wie bereits erwähnt, neben der Feststellung eines allfälligen Parallelverhaltens auch ökonomische Indizien sowie allfällige Kontakte zwischen den Wettbewerbern mit ein zu beziehen⁶³³. Inwiefern der Informationsaustausch gerade bei diesen Kontakten eine Rolle spielt, ist im letzten Teil dieser Arbeit eingehend zu prüfen. Voraussetzung für die endgültige Feststellung des Vorliegens einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG ist damit nicht nur, dass der Markt und das zu erwartende (normale) Wettbewerbsverhalten theoretisch untersucht wird, sondern dass dieser Untersuchung zusätzlich eine empirische Überprüfung des Markts und des Verhaltens der Wettbewerber in der Vergangenheit folgt. Erst dann ist es möglich, eine bestimmte Verhaltensweise als zwischen den fraglichen Unternehmen abgestimmt zu qualifizieren.

Als weiteres Beispiel für das Vorgehen der WEKO bei der Überprüfung abgestimmter Verhaltensweisen bzw. der Frage der Unzulässigkeit ebensolcher kann der Fall betreffend Markt für *Schlachtschweine* genannt werden⁶³⁴. Tatsächlich konnten verschiedene Kontaktaufnahmen zwischen den verschiedenen Marktteilnehmern bzw. Anbietern (offizielle Börsen, daneben Telefonkonferenzen, die Publikation der Schlachtschweinpreise) und dabei auch der Inhalt der Kommunikation festgestellt werden. Gleichzeitig ergab eine stichprobenartige Untersuchung ein einheitliches Preisniveau bei den Anbietern, wobei allerdings durchaus geringe Preisunterschiede innerhalb der einheitlichen Bandbreite bestanden. Das Preisniveau alleine lieferte dann aber nicht die endgültige Evidenz für eine allfällige Qualifikation im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Die WEKO verwies aufgrund

631 In der Praxis dürfte wohl bereits Schwierigkeiten bereiten, die verschiedenen Formen nicht kollusiven Parallelverhaltens voneinander abzugrenzen.

632 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 203, m.w.H.

633 Im »Mobilfunkmarkt-Fall« verneinte die WEKO schliesslich nach eingehender Untersuchung das Vorliegen einer Abrede, während im NEAT-Fall nicht einmal Indizien für eine abgestimmte Verhaltensweise gefunden werden konnten; vgl. RPW 2007/3, S. 415 ff. Eine Gebietsabrede wurde deshalb verneint – mit dem an dieser Stelle doch nennenswerten Schlusssatz: »Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass das Vorliegen einer Preis- oder Gebietsabrede im Sinne des Kartellgesetzes mit den auf de[n] Sachverhalt anwendbaren verfahrensrechtlichen Instrumentarien auf dem Markt für NEAT-Tunnelbauten nicht nachgewiesen werden kann«. Eine ähnliche Ausgangslage war im Übrigen im Benzinmarkt-Fall anzutreffen, wobei dort insbesondere die Abgrenzung der Parallelverhalten im Vordergrund stand; vgl. RPW 2002/1, S. 77 ff.

634 RPW 2004/3, S. 732 ff.

der Homogenität des Produktes insbesondere auf die Abgrenzung zum »natürlichen Parallelverhalten«⁶³⁵. Ein einheitliches Preisniveau (als Folge des normalen Wettbewerbsverhaltens) war daher – theoretisch betrachtet – zu erwarten. Wichtig zu erwähnen ist aber, dass im konkreten Fall die Preisunterschiede nichtsdestotrotz in den Gesamtkontext der empirisch festgestellten Verhaltensweisen gebracht und letztendlich gewürdigt werden mussten. Im Ergebnis hielt die WEKO fest, dass »die [...] beschriebenen wöchentlich praktizierten Verhaltensweisen (Schweinebörsen, Telefonkonferenzen, Publikation der Schlachtschweinpreise) in ihrer Gesamtheit als abgestimmte Verhaltensweisen und damit ebenfalls als Wettbewerbsabreden im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG zu qualifizieren« seien. Und weiter: »Somit wird aufgrund des durch das Vorliegen bestimmter Kommunikationselemente [...] antizipierbaren Marktverhaltens der anderen Schweinelieferanten durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und eventuell bewirkt«⁶³⁶.

1.2.4. Bezwecken und Bewirken

Erneut ist schliesslich auf Art. 4 Abs. 1 KG hinzuweisen. Nach dieser Bestimmung genügt, wenn die Abrede oder das abgestimmte Verhalten eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt, wobei diese beiden Merkmale nicht kumulativ vorliegen müssen⁶³⁷. Immerhin ist aber beachtlich, dass mit »Bezwecken« entgegen der nahe liegenden Assoziation nicht etwa eine (subjektive) Absicht gemeint ist. »Bezwecken« im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bedeutet vor dem Hintergrund von Art. 1 KG vielmehr, dass das Verhalten objektiv geeignet ist, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen (*objektivierter Zweckbegriff*)⁶³⁸. Damit wird der Begriff der »Absicht« als subjektive Komponente, wie er beispielsweise im Strafrecht verstanden wird, einer anderen Bedeutung zugeführt. Die Konsequenz daraus ist, dass ein Unrechtsbewusstsein oder gar der Wille, ein gegen das Kartellrecht verstossendes Verhalten an den Tag zu legen, nicht erforderlich sind⁶³⁹. Sofern auch alle übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, kann also eine Abrede oder ein abgestimmtes Verhalten kartellrechtlich sanktioniert werden, selbst wenn die beteiligten Unternehmen sich weder der möglichen Wettbewerbsbeschränkung bewusst waren noch eine solche herbeiführen woll-

635 RPW 2004/3, S. 736 Rz 35.

636 RPW 2004/3, S. 739 Rz 41.

637 BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 67.

638 BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 71, mit Verweis auf RPW 2001/2, S. 308 Rz 17 ff., wo dies in dieser Deutlichkeit allerdings nicht festgehalten wird.

639 BORER, Kartellgesetz, Art. 4 N 4; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 71.

ten. Die Objektivierung des Zweckbegriffs hat vor allem zweierlei zur Folge: Zum einen wird in der Praxis die Beweisführung erleichtert, zum anderen entfaltet sie ihre Wirkung bereits im Vorfeld von Wettbewerbsbeschränkungen, mithin präventiv. Noch bevor es zu wettbewerbsbeschränkenden Wirkungen mit allfälligen wirtschaftlichen Schäden kommt, kann ein bestimmtes Verhalten untersagt bzw. sanktioniert werden. Bei der Variante »Bezwecken« handelt es sich somit um einen Gefährdungstatbestand⁶⁴⁰. Einfacher ist es bei der Variante »Bewirken«. Hier genügt, dass eine Wirkung im Markt (beispielsweise bei Vereinheitlichung von Wettbewerbsparametern ohne hinreichende Gründe) nachgewiesen wird, die auf ein koordinierendes Verhalten unter den Wettbewerbern zurückgeführt werden kann⁶⁴¹.

Sowohl »Bezwecken« als auch »Zurückführen« weisen auf ein weiteres Element hin, nämlich die *Kausalität*, wobei es sich bei abgestimmten Verhaltensweisen gleich um eine zweifache handelt. Zum einen ist erforderlich, dass zwischen der abgestimmten Verhaltensweise und der Wettbewerbsbeschränkung ein Kausalzusammenhang besteht. Zum anderen muss auch die Abstimmung und das Marktverhalten der Unternehmen kausal sein. Letzteres wird meistens dann bejaht, wenn die Koordination zwischen den Unternehmen über längere Zeit praktiziert wird bzw. wurde⁶⁴².

1.2.5. Unzulässigkeit der Abrede bzw. der abgestimmten Verhaltensweise

Die Qualifikation als abgestimmte Verhaltensweise sagt noch nichts über die Unzulässigkeit des Verhaltens aus. Es wird lediglich eine Aussage darüber getroffen, ob eine Anwendung von Art. 5 KG überhaupt in Frage kommt. Insofern ist nach der Feststellung einer abgestimmten Verhaltensweise die Prüfung nach der genannten Bestimmung vorzunehmen, wie sie bereits vorstehend dargelegt wurde⁶⁴³. An dieser Stelle kann somit grundsätzlich auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden – ebenso auf die zu diesem Thema reichlich vorhandene Literatur. Allerdings sind nachfolgend gewisse Präzisierungen vorzunehmen bzw. einige Punkte zu vertiefen.

Wie gezeigt ist gemäss der Praxis der WEKO zunächst zu prüfen, ob ein Vermutungstatbestand erfüllt ist. Zu beachten ist, dass das Tatsächliche, das den Schluss auf den Vermutungstatbestand zulässt, die Vermutungsbasis darstellt,

640 SCHMIDHAUSER, in: HOMBURGER ET AL., Art. 4 N 28, mit weiteren Verweisen (Fn 20); BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 72.

641 BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 75 f.

642 Im Ergebnis BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 68 und 103.

643 Vgl. vorstehend § 13 Ziff. 1.2.1.

die es nachzuweisen gilt⁶⁴⁴, und zwar in der Weise, wie dies vorstehend in Ziff. 1.2.2 lit. b und 1.2.3 lit. e dargelegt wurde. Die Vermutungsbasis ist, wie gezeigt, die Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG, somit auch die abgestimmte Verhaltensweise. Als Folge der Vermutung wird davon ausgegangen, dass abgestimmte Verhaltensweisen bezüglich eines Vermutungstatbestandes wirksamen Wettbewerb beseitigt. Diese Vermutungsfolge führt nun dazu, dass im zivilrechtlichen Verfahren die *beklagte Partei* das Gegenteil zu beweisen hat. Während also erhebliche Beweisprobleme den Nachweis der Vermutungsbasis erschweren können, wird die klagende Partei im Rahmen des Vermutungstatbestandes erleichtert, sobald die abgestimmte Verhaltensweise bewiesen wurde – die Beweislast wird durch die Vermutung umgekehrt. Gelingt der beklagten Partei dieser Beweis nicht, ist ihre Verhaltensweise unzulässig⁶⁴⁵. Aufgrund von Art. 8 ZGB hat die beklagte Partei sodann allfällige Effizienzgründe zu beweisen.

Etwas anders sieht es aufgrund der Untersuchungsmaxime im Verfahren bei der WEKO aus. Immerhin ist unter Vorbehalt von Art. 16 VwVG auf die Mitwirkungspflicht der Beteiligten gemäss Art. 40 KG hinzuweisen. Zunächst reicht die blossе Vermutung der Vermutungsbasis nicht aus⁶⁴⁶. Denn die WEKO trifft die Beweisführungspflicht und damit verbunden die objektive Beweislast; sie hat die Folgen der Beweislosigkeit zu tragen. Allerdings ist stets eine Differenzierung zwischen Beweisführungspflicht, mithin der so genannten subjektiven Beweislast, und der objektiven Beweislast bei allen Tatbestandselementen von Art. 5 KG vorzunehmen, denn sie müssen nicht in jedem Fall gekoppelt sein. Gelingt es der WEKO beispielsweise, die Vermutungsbasis zu beweisen, so kann den Parteien die Beweisführungs*last* hinsichtlich der Umstände, die eine Widerlegung der Vermutung bewirken, nicht zugemutet werden – es kann somit nicht wie im zivilrechtlichen Verfahren von einer Beweislastumkehr gesprochen werden⁶⁴⁷. Allerdings trifft die Parteien aufgrund der Rechtsvermutung dennoch die Folgen der *Beweislosigkeit*. Ähnlich sieht es bei den Effizienzgründen aus (Art. 5 Abs. 2 KG). Die WEKO hat allenfalls vorhandene Effizienzgründe zu prüfen. Sie hat somit die Beweisführungs*last*. Die Folgen der Beweislosigkeit haben aber wiederum die an der Abrede beteiligten Unternehmen zu tragen⁶⁴⁸.

644 Vgl. zur Begrifflichkeit ZÄCH, Kartellrecht, S. 215.

645 Für die Zivilgerichte ist bedeutsam, dass in einem solchen Fall der Sachverhalt nicht im Sinne von Art. 15 KG der WEKO vorgelegt werden muss, da bei Vorliegen eines nicht widerlegten Vermutungstatbestandes (in der Regel) keine Unklarheiten bestehen; vgl. BORER, Kartellgesetz, Art. 15 N 6 ff.

646 Anders verhält es sich im vorsorglichen Massnahmeverfahren, in dem Glaubhaftmachung genügt; vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 620 f., mit diversen Hinweisen.

647 Was sich ohne Weiteres aus dem Untersuchungsgrundsatz ergibt.

648 Vgl. zum Ganzen BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 622 ff.

Ein anschauliches Beispiel bietet auch hier der Schlachtschweine-Fall. Die WEKO bejahte das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG. Da es sich um die Festsetzung der Preise handelte, erfolgte die Subsumption unter den Vermutungstatbestand von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG (horizontale Preisabrede). Demzufolge prüfte die WEKO, ob die Vermutung umgestossen werden könnte⁶⁴⁹. Sie untersuchte den aktuellen Wettbewerb, insbesondere die Frage, ob der Preis auf dem relevanten Markt nicht der einzige Wettbewerbsparameter ist und ob der, wenn auch erheblich beeinträchtigte, Wettbewerb über andere Parameter erfolgt. Als andere Wettbewerbsparameter wurden die fachgerechte Durchführung der Schlachtviehtransporte, die Rückverfolgbarkeit, die Liefergenauigkeit, die Flexibilität bezüglich Mengen und Lieferzeitpunkt sowie Qualitätsmerkmale wie Gewicht, Magerfleischanteil, pH-Wert und Fettzahl angeführt⁶⁵⁰. Problematisch war allerdings, dass die Produkte weitestgehend homogen waren. Auf der anderen Seite ist bei den genannten Wettbewerbsparametern eine Standardisierung gerade notwendig, um nicht Marktanteile zu verlieren⁶⁵¹. Die WEKO verneinte daher das Vorliegen wirksamen Restwettbewerbs⁶⁵².

Gelingt der Nachweis von Restwettbewerb nicht, so hat dies (noch) nicht die Unzulässigkeit der Verhaltensweise zur Folge. Vielmehr überprüfte die WEKO weiter, ob bezüglich des Preises dennoch wirksamer Innen- oder Aussenwettbewerb besteht, mithin ob trotz der Abrede zwischen den Wettbewerbern wirksamer Wettbewerb besteht, was zum Beispiel dann der Fall ist, wenn wesentliche an der Absprache Beteiligte sich nicht daran halten. Grund hierfür könnte sein, dass seit der Abrede potentieller Wettbewerb entstanden ist und die Abweichenden darauf reagieren möchten. Zwar ist nach der Feststellung, dass kein Restwettbewerb besteht, der Nachweis von Innen- oder Aussenwettbewerb eher unwahrscheinlich, im konkreten Fall wurde dies von der WEKO aber bejaht. Neben branchenspezifischen Gründen sind an dieser Stelle vor allem drei Punkte zu erwähnen⁶⁵³:

1. Nur 15% aller Schweinehandelsunternehmen mit rund 50% Marktvolumen waren an der Abrede beteiligt
2. Starke Stellung der Marktgegenseite

649 RPW 2004/3, S. 740 ff.

650 RPW 2004/3, S. 745 Rz 58.

651 Vgl. RPW 2004/3, S. 745 Rz 58, mit dem Hinweis auf die Unterscheidung zwischen »Failure preventer variables«, so genannte Standarderfolgskriterien, und »Success producer variables« (dominierende Erfolgsfaktoren), sowie die Literatur dazu.

652 Daraus kann der Schluss gezogen werden, dass in den Branchen mit mehrheitlich homogenen Gütern und weit reichender Standardisierung der Nachweis von Restwettbewerb und damit das Umstossen der Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 KG schwierig sein dürfte.

653 RPW 2004/3, S. 746 Rz 59 ff.

3. Die Schweinehandelsunternehmen verfügten nicht über einen umfassenden Handlungsspielraum, da sie keinen Einfluss auf die Produktion hatten (nur kurzfristige Verknappung des Angebots möglich)

Somit blieb zu prüfen, ob eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG vorlag. In der Praxis wird zwischen qualitativen und quantitativen Kriterien unterschieden⁶⁵⁴. Die Berücksichtigung quantitativer Kriterien (z.B. ein Mindestmass an Marktmacht) war allerdings für längere Zeit umstritten und dürfte dies auch heute noch sein⁶⁵⁵. Derzeitige Praxis der WEKO ist es aber, dass eine Wettbewerbsabrede sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht geeignet sein muss, den Wettbewerb erheblich zu beeinträchtigen⁶⁵⁶. Gelangt die Behörde im Rahmen einer Gesamtbetrachtung zum Schluss, dass ein qualitatives Kriterium im Sinne eines zentralen Wettbewerbsparameters betroffen ist, so kann unter Umständen bereits deshalb auf die Erheblichkeit der Abrede geschlossen werden; jedenfalls dürfen in diesem Fall aber an die Erfüllung der Voraussetzung des quantitativen Elementes keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden. Vielmehr soll es genügen, dass der Nachweis erbracht wird, dass die in Frage stehende Abrede Auswirkungen im relevanten Markt hatte⁶⁵⁷. Mangelt es an der Erheblichkeit, liegt eine Bagatelle vor, was die Zulässigkeit der Abrede zur Folge hat. Im Schlachtschweinefall kam die WEKO schliesslich (nach Prüfung von qualitativen und quantitativen Kriterien) zum Schluss, dass die abgestimmte Verhaltensweise keine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs zur Folge hatte, weshalb sie die Untersuchung einstellte⁶⁵⁸.

654 So die WEKO im hier dargestellten Schlachtschweine-Fall, vgl. RPW 2004/3, S. 749 ff.; aber auch das Bundesgericht bei der Buchpreisbindung, vgl. BGE 129 II 18.

655 *Verneinend* noch ZÄCH, Kartellrecht, S. 187 ff., mit den Hinweisen auf die (damals aktuelle) Vertikalbekanntmachung und die Praxis; *bejahend* offenbar BORER, Kartellgesetz, Art. 5 N 20 ff. und BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 230 ff. Anzu merken ist, dass Ziff. 12 der Vertikalbekanntmachung mittlerweile in jedem Fall eine Berücksichtigung sowohl qualitativer als auch quantitativer Kriterien zulässt – oder zumindest nicht ausschliesst.

656 Die Praxis ist noch immer Schwankungen unterworfen, sodass auch für die Zukunft klare Leitlinien fehlen, vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 167 ff., insb. N 177; Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. Oktober 2010 betreffend 22-0358 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren, S. 58 ff. (bzw. RPW 2010/4, S. 717 ff.).

657 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 177; Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. Oktober 2010 betreffend 22-0358 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren, S. 58 ff. (bzw. RPW 2010/4, S. 717 ff.); dies im Unterschied zum europäischen Recht, vgl. EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Slg. 2009, I-4529, Rz 31.

658 RPW 2004/3, S. 749 ff., insb. S. 751 Rz 74.

1.3. Unzulässige Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen

1.3.1. Gesetzlicher Tatbestand

a) Allgemeines

Gemäss Art. 7 Abs. 1 KG verhalten sich marktbeherrschende Unternehmen unzulässig, wenn sie durch den Missbrauch ihrer Stellung auf dem Markt andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen. Absatz 2 der genannten Bestimmung zählt beispielhaft (»insbesondere«) Verhaltensweisen auf, die als unzulässig betrachtet werden könnten. Art. 7 KG besteht somit aus zwei Teilen: Der Generalklausel in Absatz 1 und dem Beispielkatalog in Absatz 2. Nicht nur die Formulierung der Generalklausel ist etwas unglücklich geraten, da sie den Begriff des Missbrauchs nicht umschreibt, sondern auch der Beispielkatalog, der eine Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe enthält. Anhand des Katalogs lässt sich demnach nur schwer die Generalklausel konkretisieren. Beispielhaft lässt sich dies an Art. 7 Abs. 2 lit. d KG aufzeigen. Als missbräuchliche Verhaltensweise wird an dieser Stelle die gegen bestimmte Wettbewerber gerichtete Unterbietung von Preisen genannt. Führt man sich vor Augen, dass seit Jahren gegen die »Hochpreisinsel« Schweiz gekämpft und in gewissen Branchen, in der Hoffnung auf tiefere Preise, mehr Wettbewerb gefordert wird, dann zeigt sich, dass die Unterbietung von Preisen demnach sowohl Ausfluss von Wettbewerb als auch von wettbewerbswidrigem Verhalten sein kann. Von aussen scheinen beide Verhaltensweisen identisch. Je nach den Umständen können sie aber unter Art. 7 KG fallen oder eben nicht⁶⁵⁹. Immerhin dienen die Beispiele des Katalogs dazu, die Generalklausel zu interpretieren. Beachtlich ist jedoch der Fokus des schweizerischen Rechts auf den Missbrauchsbegriff: Die Entstehung von Marktmacht bzw. die Marktmacht als solche wird durch das Kartellgesetz nicht sanktioniert. Im Zentrum steht »lediglich« der Umgang eines marktmächtigen bzw. marktbeherrschenden Unternehmens mit seiner Macht⁶⁶⁰. Wie gezeigt, ist es schwierig, Kriterien für den legitimen oder missbräuchlichen Umgang mit Marktmacht zu definieren, jedenfalls lassen sich solche dem Gesetz nicht entnehmen. Wenn im Wirtschaftsrecht unbestimmte Rechtsbegriffe aber auch durch die Beachtung

659 Vgl. zum allgemeinen Problem der Formulierungen MÖSCHEL, in: IMMENGA/MEST-MÄCKER, Kartellrecht, Art. 82 N 131, und zur Analyse unilateralen Verhaltens BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 24; LÜSCHER, Glossar, S. 14 ff.

660 Vgl. auch die Andeutungen bei LÜSCHER, Glossar, S. 12 ff.

neuester ökonomischer Erkenntnisse konkretisiert werden können, dann gilt dies auch für den Begriff des Missbrauchs⁶⁶¹.

b) Kollektive Marktbeherrschung

In jedem Fall sind auch bei Art. 7 KG wiederum die Definitionen, wie sie in Art. 4 KG enthalten sind, zu beachten. Art. 4 Abs. 2 KG hält fest, dass als marktbeherrschende Unternehmen einzelne oder mehrere Unternehmen gelten, die auf einem Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von andern Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in wesentlichem Umfang unabhängig zu verhalten. Im Rahmen dieser Arbeit ist von besonderer Relevanz, dass nicht nur ein einzelnes Unternehmen marktbeherrschend sein kann, sondern auch mehrere. In diesem Fall wird von *kollektiver Marktbeherrschung* gesprochen.

Einen Markstein in der schweizerischen Praxis zur kollektiven Marktbeherrschung stellt der Entscheid der WEKO im Kreditkarten-Akzeptanz-Geschäft dar. Darin wurden erstmals *ausführliche* Feststellungen zur Marktbeherrschung durch mehrere Unternehmen gemacht⁶⁶². Anschaulich unterscheidet die WEKO die bereits vorne erwähnten Parallelverhalten⁶⁶³ und verbindet sie mit den der ökonomischen Lehre entnommenen und auch in dieser Arbeit mehrfach erwähnten Begriffen »explicit« und »tacit collusion«. Danach handelt es sich bei strukturbedingtem Parallelverhalten um stillschweigende Kollusion, mithin um *tacit collusion*. Entspringt das Parallelverhalten einer Abrede bzw. abgestimmten Verhaltensweisen, liegt *explicit collusion* vor. Sodann hält die WEKO fest: »Das [...] strukturbedingte Parallelverhalten ist jedoch für sich allein kartellrechtlich nicht problematisch, da es mangels Abstimmung unter den Wettbewerbern an der Konzertierung fehlt. Führen die bestehenden Marktstrukturen jedoch dazu, dass Oligopolisten das jeweilige Marktverhalten ihrer Konkurrenten antizipieren und dementsprechend gleich reagieren, liegt eine kollektiv marktbeherrschende Stellung vor, deren Missbrauch im Sinne von Artikel 7 KG unzulässig wäre«⁶⁶⁴.

Die WEKO erwähnt in ihrem Entscheid ausdrücklich die Marktstrukturen und die Oligopolisten. Damit zeigt sich auch die Bedeutung des ökonomischen Teils. Die gegenseitige Reaktionsverbundenheit (bzw. die Marktstruktur) bringt die

661 Zu dieser Thematik ausführlich BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 1 ff.

662 Vgl. RPW 2003/1, S. 134 ff.

663 Vgl. vorstehend § 13 Ziff. 1.2.3.d.

664 Vgl. RPW 2003/1, S. 134 Rz 161; Die WEKO prüfte in der Folge das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung, mithin von »tacit collusion«, auf dem relevanten Markt.

Unternehmen in eine Situation, in der sie sich von andern Marktteilnehmern, in der Regel von den Nachfragern, in wesentlichem Umfang unabhängig verhalten können. Es wird deshalb auch von oligopolistischer Marktbeherrschung gesprochen⁶⁶⁵. Zu beachten ist zwar, dass die neusten Entscheide der WEKO zur kollektiven Marktbeherrschung insbesondere Zusammenschlussvorhaben betrifft. Allerdings kann ein Zusammenschluss unter den Voraussetzungen von Art. 10 Abs. 2 KG auch dann untersagt oder nur mit Bedingungen und Auflagen zugelassen werden, wenn er eine kollektive Marktbeherrschung zu begründen vermag. Diesfalls muss überprüft werden, ob nach dem Zusammenschluss Anreize für »kollusives« Verhalten vorliegen und ob dieses Verhalten mit grosser Wahrscheinlichkeit stabil (im Sinne von »dauerhaft«) sein könnte⁶⁶⁶.

Das Konzept der kollektiven Marktbeherrschung ist aber nicht etwa eine neuere Erscheinung⁶⁶⁷. Auch im Migros/Denner-Entscheid hat sich die WEKO zur kollektiven Marktbeherrschung geäussert⁶⁶⁸. Im Nachgang zum Entscheid in Sachen Coop/Waro⁶⁶⁹ und unter dem Einfluss zweier neuerer Bundesgerichtsentscheide⁶⁷⁰ legte die WEKO zunächst die ökonomischen Grundlagen mit Verweisen auf die aktuelle ökonomische Literatur dar⁶⁷¹. Auf die Wiederholung der dort festgehaltenen Erkenntnisse kann an dieser Stelle verzichtet werden, handelt es sich dabei doch im Wesentlichen um diejenigen Fragestellungen, die in dieser Arbeit bereits eingehend im ökonomischen Teil behandelt wurden. Interessanter ist denn auch vielmehr die Beurteilung des Zusammenschlusses bzw. der anschliessenden Wettbewerbssituation durch die WEKO anhand eines bereits in früheren Entscheiden entwickelten Kriterienkatalogs. Die folgenden Kriterien – sogenannt statische Strukturmerkmale – sind näher zu betrachten⁶⁷²:

- Anzahl der beteiligten Unternehmen
- Marktanteile
- Marktkonzentration (Homogenität der Produkte, Verflechtungen, Informationsaustausch)
- Symmetrien
- Marktphase

665 EMCH, kollektive Marktbeherrschung, S. 162, mit Hinweisen auf Lehre und Praxis.

666 So im Heineken/Eichhof-Entscheid, vgl. RPW 2008/3, S. 450 f.

667 Vgl. RPW 1998/2, S. 242 (Revisuisse Price Waterhouse/STG Cooper & Lybrand) sowie RPW 1998/3, S. 392 ff. (Bell AG/SEG Poulets AG). Für Entscheide neueren Datums ist auf RPW 2006/2, S. 261 ff. (Emmi AG/Aargauer Zentralmolkerei AG AZM) zu verweisen.

668 RPW 2008/1, S. 184 ff.

669 RPW 2003/3, S. 587.

670 BGer 2A.325/2006 (i.S. Swissgrid); BGer 2A.327/2006 (i.S. BZ/20 Minuten).

671 Vgl. RPW 2008/1, S. 184 Fn 101.

672 RPW 2004/3, S. 700 ff.

- Markttransparenz
- Multimarktbeziehungen
- Stellung der Marktgegenseite
- potentielle Konkurrenz
- Marktzutrittsschranken⁶⁷³

Es zeigt sich hier, dass diese Kriterien den Erkenntnissen der Industrieökonomik entsprechen und somit nicht (ausschliesslich) das Resultat »isolierter juristischer Rechtsfindung« sind. Dies ist nicht weiter erstaunlich, denn das Konzept beruht auf der Feststellung, dass sich Unternehmen ähnlich einem Monopolisten kollusiv (im ökonomischen Sinn verstanden) verhalten und dadurch Preise über das Wettbewerbsniveau heben können⁶⁷⁴. Wichtig zu betonen ist aber, dass die Figur der kollektiven Marktbeherrschung nicht unbestritten ist. Insbesondere aufgrund der Schwierigkeit der Abgrenzung zwischen wettbewerblichem und kollusivem Parallelverhalten, das der kollektiven Marktbeherrschung zugrunde gelegt wird, wird für eine zurückhaltende Anwendung plädiert⁶⁷⁵. Zudem soll der Kriterienkatalog bzw. die einzelnen Kriterien *nicht* im Sinne einer Checkliste verstanden werden. Vielmehr stellen sie lediglich Schritte auf dem Weg zu einer Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des Wettbewerbsgeschehens auf dem relevanten Markt dar⁶⁷⁶.

c) Kriterienkatalog in der Praxis

Die WEKO prüfte somit in einem ersten Schritt die Anzahl Wettbewerber (»beteiligte Unternehmen« nach dem Zusammenschluss), deren Marktanteile und die Marktkonzentration. Aufgrund der ermittelten Umsatzzahlen von Migros und Coop, alsdann aber auch von Denner als so genanntem Randwettbewerber, der im relevanten »Randmarkt« einen erheblichen Marktanteil hatte, sowie der Tatsache, dass die übrigen Randwettbewerber keinen disziplinierenden Einfluss auszuüben vermochten, wurde der Schluss gezogen, dass ein konzentrierter Markt vorliege, auf dem das Auftreten von stillschweigender Kollusion hoch wahr-

673 RPW 2008/1, S. 186 Rz 470 ff.; vgl. auch RPW 2004/3, S. 699 ff. (Schlachtschweine) und RPW 2003/1, S. 134 ff. (Kreditkarten-Akzeptanzgeschäft).

674 BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 400 ff.

675 BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 407.

676 RPW 2008/1, S. 186 Rz 470; vgl. die Verfügung der Wettbewerbskommission vom 21. April 2010 betreffend das Zusammenschlussvorhaben 41-0594: France Télécom SA/Sunrise Communications AG, S. 51 Rz 228 und insb. S. 92 Rz 376 ff. (bzw. RPW 2010/3, S. 499 ff., insb. Rz 228 und 376 ff.).

scheinlich sei⁶⁷⁷. Zentrales Argument für diesen Schluss scheint der von Migros und Coop kumulierte Marktanteil von über 50 bis 60% (»kritische Schwelle«) gewesen zu sein, und dies nicht nur auf der (allgemeinen) nationalen Ebene, sondern auch in 103 von 106 speziell gegliederten Regionen. In der Folge überprüfte die WEKO die Symmetrien, wobei nicht nur diejenige hinsichtlich der Marktanteile, sondern auch hinsichtlich der Sortimentsgestaltung, unternehmensstruktureller Merkmale (im Sinne von Absatzgebieten oder Vertriebsstrukturen) sowie Interessensymmetrien im Zentrum standen.

Nach Untersuchung dieser Punkte und der Feststellung, dass solche Symmetrien die bereits durch die hohe Marktkonzentration als wahrscheinlich erachtete Tendenz zu stillschweigender Kollusion noch zu bekräftigen vermögen, ging die WEKO zum Marktwachstum, zur Markttransparenz und zu den Multimarktbeziehungen über⁶⁷⁸. Dabei wurde festgehalten, dass stabile Märkte die Wahrscheinlichkeit für eine kollektive Marktbeherrschung (stillschweigende Kollusion) erhöhen würden. Die Parteien wendeten dagegen unter anderem ein, aus dem geringen Wachstum könne nicht auf stabile Verhältnisse geschlossen werden⁶⁷⁹. Der Begriff »stabiler Markt« scheint etwas unglücklich gewählt zu sein. »Marktstabilität« kann zwar durchaus als Kriterium verwendet werden. Deutlicher wäre jedoch festzuhalten, dass eine Marktphase vorliegt, die ein Umfeld schafft, in dem einerseits Abweichungen vom kollusiven Verhalten unwahrscheinlicher ist und andererseits glaubwürdige Sanktionsmechanismen vorhanden sind⁶⁸⁰. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn die ganze Nachfrage bereits erschlossen ist und neue Kunden nur auf Kosten der übrigen Wettbewerber gewonnen werden können⁶⁸¹. Insofern hätte den Vorbringen der Parteien im Migros/Denner-Fall eher entgegnet werden sollen, dass die Wahrscheinlichkeit stillschweigender Kollusion deshalb hoch sei, weil der Markt ein Umfeld biete (was für eines?), das die Aufdeckung von Abweichungen vom kollusiven Verhalten erleichtere und gleichzeitig wirkungsvolle Sanktionsandrohungen möglich

677 RPW 2008/1, S. 186 f. Wahrscheinlichkeitsüberlegungen sind zumindest mit Blick auf Zusammenschlussvorhaben zulässig, weil sich konkrete Verhaltensweisen (vor dem Zusammenschluss) begriffsnotwendig noch nicht manifestieren konnten, weshalb einzig mit Wahrscheinlichkeiten operiert werden kann.

678 RPW 2008/1, S. 187 ff., insb. Rz 496.

679 RPW 2008/1, S. 189 Rz 499.

680 Präziser sind daher die Ausführungen im Fall des Kreditkarten-Akzeptanz-Geschäfts, vgl. RPW 2003/1, S. 142 ff.; die WEKO unterscheidet dort zwischen fünf Phasen, nämlich der Experimentier-, der Wachstums- und der Reifephase sowie der Stagnations- und der Degenerationsphase.

681 Hierzu vorstehend § 10 Ziff. 3.3.4.a; vgl. im Übrigen auch BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 434 ff.

seien. Der Begriff der Marktstabilität sollte eher als Überbegriff für Marktphase, Marktzutrittschranken und potentiellen Wettbewerb verwendet werden⁶⁸².

Bei der Markttransparenz legte die WEKO im Migros-Denner-Entscheid das Gewicht insbesondere auf die Tatsache, dass die Wettbewerber häufig interagierten und die Preise häufig anpassten. Dies erhöhe das Potenzial für stillschweigende Kollusion⁶⁸³. Schliesslich beurteilte die WEKO allfällige Multi-Marktbeziehungen, also die Interaktion der Wettbewerber auf mehreren Märkten, die Stellung der Marktgegenseite und die potentielle Konkurrenz⁶⁸⁴. Am Ende kam sie zum Schluss, dass der Zusammenschluss von Migros und Denner das Potenzial für kollusives Verhalten zwischen Migros/Denner auf der einen sowie Coop auf der anderen Seite signifikant verstärke, weil alle geprüften Faktoren die Wahrscheinlichkeit des Auftretens eines solchen Verhaltens erhöhten. Die Kriterien für das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung von Migros/Denner und Coop seien als erfüllt zu betrachten, da erstens nicht nur die Anreize für kollusives Verhalten gegeben seien, sondern zweitens ein solches Verhalten »mit grosser Wahrscheinlichkeit« stabil bzw. dauerhaft sein dürfte. Wirksamer Wettbewerb werde durch die kollektiv marktbeherrschende Stellung beseitigt⁶⁸⁵. Bekanntlich wurde das Zusammenschlussvorhaben trotz befürchteter marktbeherrschender Stellung zugelassen, wenn auch unter Auflagen⁶⁸⁶.

In (noch) neuerer Zeit hat die WEKO die soeben dargelegte Praxis bestätigt. So hat sie im Rahmen des Zusammenschlussvorhabens zwischen den Mobilfunk-anbietern Sunrise und Orange (France Télécom SA) eben diese Kriterien überprüft und ist zusätzlich auf die vorhandenen Sanktionsmöglichkeiten eingegangen⁶⁸⁷. Dabei stellte die WEKO zunächst das Verhältnis zwischen dem genannten Kriterienkatalog und den Sanktionsmöglichkeiten klar: »An die Sanktionsmechanismen können für die Stabilität des Kollusionsgleichgewichts geringere Anforderungen gestellt werden, wenn (unabhängig von den Sanktionsme-

682 BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 413.

683 RPW 2008/1, S. 189 Rz 501 ff.; welches Gewicht dieses Kriterium im Rahmen der Gesamtbetrachtung hatte, kann selbstverständlich nicht eruiert werden. Es ist aber darauf hinzuweisen, dass gerade die Markttransparenz von äusserst ambivalenter Natur ist. Wird also, wie im Entscheid, ins Feld geführt, hohe Markttransparenz sei »kollusionsfördernd« und aufgezeigt, dass die Wettbewerber durch die Publikation ihrer Preise im Internet und weiteren geeigneten Organen diese Transparenz geradezu verstärken, so darf man nicht aus den Augen verlieren, dass diese Information an die Marktgegenseite – wenigstens im Ansatz – diejenigen Bedingungen schaffen kann, welche die Ökonomie als Voraussetzung für perfekten Wettbewerb betrachtet.

684 Darunter ist die Möglichkeit des Marktzugangs eines neuen Wettbewerbers im Zeitpunkt der vorherrschenden Marktphase zu verstehen, vgl. RPW 2004/3, S. 704 Rz 181.

685 RPW 2008/1, S. 190 Rz 517 f.

686 RPW 2008/1, S. 207.

687 RPW 2010/3, S. 551 Rz 354 ff.

chanismen) nur geringe Anreize für ein Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht bestehen«⁶⁸⁸. Mit anderen Worten muss der Sanktionsmechanismus umso wirkungsvoller sein, je stärker die Anreize sind, vom kollusiven Verhalten abzuweichen. Sodann hielt die WEKO (sinngemäss) fest, dass Sanktionsmechanismen auch auf anderen Märkten bestehen könnten. Interessant war deshalb, dass explizit der Terminierungsmarkt⁶⁸⁹ erwähnt wurde, auf dem die Terminierungsgebühren zumindest kurzfristig als Sanktionierungsinstrument eingesetzt werden könnten⁶⁹⁰. In der Gesamtbetrachtung beurteilte die WEKO schliesslich, inwiefern Anreize zur Etablierung und Aufrechterhaltung von kollusivem Verhalten sowie Möglichkeiten, Abweichungen vom kollusiven Verhalten zu entdecken und eine Bestrafung für das Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht glaubhaft anzudrohen, vorhanden waren. Die von der WEKO aufgezählten wichtigsten Punkte seien an dieser Stelle systematisch aufgeführt⁶⁹¹:

- *Anreize zur Etablierung und Aufrechterhaltung von kollusivem Verhalten:*
 1. Homogene Güter; vorwiegend Preiswettbewerb
 2. Träge Reaktion der Marktgegenseite auf Preisänderungen⁶⁹²
 3. Geringe Anzahl Wettbewerber
 4. Ähnliche Ausgangslagen bei Technologie, Kostenstruktur und Interessenlage
 5. Markt befindet sich in der Reifephase⁶⁹³
 6. Es bestehen keine weiteren (auch potentiellen) Teilnehmer, die einen disziplinierenden Einfluss ausüben könnten⁶⁹⁴
 7. Schwache Stellung der Marktgegenseite

688 RPW 2010/3, S. 551 Rz 354; zu den Sanktionsmechanismen vgl. ausführlich auch ganz allgemein BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 454 ff.

689 Ein Anruf im oder in ein Mobilfunknetz erfolgt in drei Phasen. Am Anfang steht die Originierung, alsdann folgt der Transit durch das Netz und schliesslich kommt es zur Terminierung. Hier wird sichergestellt, dass der Anruf einen ganz bestimmten Anschluss erreicht und dort vom jeweiligen Kunden entgegengenommen werden kann. Im Mobilfunk kann die Terminierung in einem anderen Netz als demjenigen der Originierung bzw. des Transits erfolgen. Der Terminierungsmarkt betrifft daher die Terminierungsnachfrage und das Terminierungsangebot, wobei ein Entgelt geschuldet wird für die Terminierungsdienstleistung, also die Weiterleitung des Anrufs im fremden Netz an den Endkunden.

690 RPW 2010/3, S. 552 Rz 357.

691 RPW 2010/3, S. 530 Rz 233 und S. 558 Rz 396 ff.

692 Der Grund hierfür ist die Bindung der Endkunden mittels langfristiger Verträge.

693 Was dazu führt, dass Marktanteile nur auf Kosten der Konkurrenten gewonnen werden können.

694 Insbesondere wurde ein allfälliger Einfluss der Weiterverkäufer verneint.

- *Möglichkeiten, Abweichungen vom kollusiven Verhalten zu entdecken und eine Bestrafung für das Abweichen vom Kollusionsgleichgewicht glaubhaft anzudrohen:*

1. Hohe Markttransparenz⁶⁹⁵
2. Wirksame Sanktionsmechanismen⁶⁹⁶

Zum Schluss untersuchte die WEKO auch eine mögliche Verbesserung der Wettbewerbsverhältnisse auf einem anderen Markt durch den Zusammenschluss (Art. 10 Abs. 2 lit. b KG), was in der Folge dann aber verneint wurde⁶⁹⁷. Der Vollständigkeit halber sei angemerkt, dass es für die WEKO letztendlich aber auch zu vermeiden galt, dass durch die Verweigerung des Zusammenschlusses Effizienzgewinne, die allfällige anti-kompetitive Effekte überkompensieren, verhindert werden (*Trade-off*). Sie folgerte dann allerdings, dass keine Weitergabe der durch den Zusammenschluss erzielten Synergien zu erwarten sei, zumindest nicht solche, die im Trade-off die anti-kompetitiven Elemente zu überwiegen vermöchten⁶⁹⁸. Obwohl die WEKO diese Kriterien im Rahmen eines Zusammenschlussvorhabens aufzeigte, sind sie ohne Weiteres auch bei »einfachen« Missbrauchsfällen im Sinne von Art. 7 KG beachtlich, betreffen sie doch nicht den Zusammenschluss, sondern »kollusives« Verhalten bzw. die kollektive Marktherrschaft⁶⁹⁹.

d) Empirische Überprüfung

Nach der Beurteilung gemäss Kriterienkatalog ist schliesslich zu prüfen, ob es in der Vergangenheit tatsächlich zu einem wettbewerbsschädlichen Parallelverhalten gekommen ist⁷⁰⁰. Im Schlachtschwein-Fall untersuchte die WEKO insbeson-

695 Damit verbunden ist die Möglichkeit der Wettbewerber, allfällige Schritte oder Strategien des Konkurrenten frühzeitig zu erkennen.

696 Die WEKO bezog sich, wie gezeigt, insbesondere auch auf den Terminierungsmarkt, hielt aber fest, dass die wirksamste Sanktionierungsmöglichkeit die Nachahmung des Verhaltens des Abweichenden sei, worunter schliesslich ein Preiskrieg zu verstehen ist.

697 RPW 2010/3, S. 559 Rz 403 ff.

698 RPW 2010/3, S. 559 Rz 408 ff., insb. Rz 412. Die WEKO kam zum Schluss, dass auch Auflagen – als Ausfluss der Verhältnismässigkeit – nicht geeignet wären, die (kollektiv) marktbeherrschende Stellung, durch die wirksamer Wettbewerb beseitigt wird, soweit abzuschwächen, dass eine Zulassung des Zusammenschlusses möglich wäre. Die Fusionsparteien akzeptierten diesen Entscheid.

699 Vgl. bspw. RPW 2010/3, S. 528 Rz 224 ff.

700 So tat dies die WEKO zumindest im so genannten Schlachtschwein-Fall, in dem sie den Markt für Schlachtschweine untersuchte, insbesondere die Stellung von Micarna und Bell als Tochtergesellschaften von Migros bzw. Coop (RPW 2004/3, S. 674 ff., insb. S. 711 ff.).

dere die Margen- und Preisentwicklung (teilweise über zehn Jahre). Hierzu bediente sie sich bestimmter Studien und Tests, die Rückschlüsse von der Preisentwicklung auf das Verhalten der Wettbewerber zulassen. Die WEKO kam zum Schluss, dass die Preisentwicklung keine Hinweise auf eine allfällig bestehende kollektive Marktbeherrschung zulasse⁷⁰¹. Ähnliche Untersuchungen wurden auch bei der Margenentwicklung gemacht. Tatsächlich konnten stetig steigende Margen festgestellt werden. Allerdings hielt die WEKO fest, dass »weder eine gestiegene Bruttomarge noch allenfalls gestiegene Profite der Fleischverarbeitungsbetriebe ein rechtsgenügender Beweis für das Vorliegen einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung [sei], sondern höchstens eines von vielen Elementen, das in die Gesamtbetrachtung der Wettbewerbssituation einzufließen« habe⁷⁰². Auch hier erkannte die WEKO schliesslich, dass keine Evidenz für das Vorliegen einer kollektiven Marktbeherrschung bestehe. Da dies auch die Schlussfolgerung bei der Überprüfung der statischen Strukturmerkmale (vgl. den Kriterienkatalog) war, folgte die WEKO: »Somit kann nicht rechtsgenügend nachgewiesen werden, dass Micarna (Migros) und die Bell Holding (Coop) auf dem schweizerischen Markt für die Beschaffung von schlachtreifen Schweinen *eine kollektiv marktbeherrschende Stellung* einnehmen.«⁷⁰³

Die WEKO hat diese empirische Überprüfung nicht in jedem Fall vorgenommen, wobei selbstverständlich anzufügen ist, dass im Rahmen der erwähnten Zusammenschlussvorhaben eine Überprüfung naturgemäss gar nicht möglich gewesen wäre. Nichtsdestotrotz sollte auf die empirische Untersuchung nicht verzichtet werden angesichts der Schwierigkeit der Umsetzung ökonomischer Erkenntnisse in der Rechtsanwendung⁷⁰⁴.

1.3.2. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass der gesetzliche Tatbestand von Art. 7 KG ähnlich wie derjenige von Art. 5 KG zwei Schritte erfordert. Zum einen ist zu prüfen, ob auf dem relevanten Markt eine »Einzelmarktbeherrschung« oder eine kollektive Marktbeherrschung vorliegt. Zu Letzterem ist erforderlich, dass eine Gesamtwürdigung des Kriterienkatalogs für die Möglichkeit kollusiven Verhaltens spricht, was wiederum bedingt, dass Anreize für die Er-

701 RPW 2004/3, S. 714 Rz 112.

702 RPW 2004/3, S. 716 Rz 115.

703 Vgl. zum Ganzen RPW 2004/3, S. 721 Rz 126; somit musste auch nicht geprüft werden, ob – wie der Anzeiger Swissporcs geltend machte – unzulässige Verhaltensweisen vorlagen.

704 Zum Erfordernis der Empirie vgl. BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 457 ff.

richtung und Aufrechterhaltung solchen Verhaltens vorliegen und die Möglichkeit besteht, Abweichungen innert kurzer Zeit zu entdecken und mit glaubhaften Sanktionen für den Fall des Abweichens zu drohen. Alsdann hat eine empirische Untersuchung des Wettbewerbs zu erfolgen. Es muss danach gefragt werden, welches Verhalten der Wettbewerber aufgrund der Marktsituation zu erwarten wäre und welches Verhalten tatsächlich in der Vergangenheit festgestellt werden konnte. Bestätigt die Empirie die Theorie und ist implizit »kollusives« Verhalten zu bejahen, ist anschliessend festzustellen, ob dieses als missbräuchlich im Sinne von Art. 7 Abs. 1 bzw. Abs. 2 lit. a bis e KG erscheint. Nur wenn auch die Missbräuchlichkeit festgestellt ist, besteht die Möglichkeit einer Sanktionierung des Verhaltens.

Der erste Prüfschritt ist ebenso bei Zusammenschlussvorhaben vorzunehmen. Allerdings ist es hier nicht möglich, das Verhalten der Wettbewerber in der Vergangenheit zu überprüfen, fehlt es doch (noch) am fusionierten Unternehmen, das mit einem oder mehreren verbliebenen Wettbewerbern kollektiv marktbeherrschend sein könnte. Nach der Praxis der WEKO müssen die Wettbewerber aber lediglich in die Lage kommen, die es ihnen ermöglicht, eine Koordinierung zu etablieren und aufrecht zu erhalten, sei dies nun explizit oder implizit⁷⁰⁵.

1.4. Verhältnis zwischen Art. 5 und Art. 7 KG

Im Zentrum dieser Arbeit steht das Oligopol als zugleich spannende wie auch problematische Marktform. Während sich beim Monopol eine Überprüfung *in der Regel* auf Fragen der Marktbeherrschung beschränkt, ist beim Oligopol grundsätzlich auch das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede zu überprüfen. Damit rückt unweigerlich die Frage nach dem Verhältnis zwischen den beiden gesetzlichen Tatbeständen in den Mittelpunkt.

Zunächst ist festzuhalten, dass Abreden nach Art. 4 Abs. 1 KG und die kollektive Marktbeherrschung unterschiedliche Tatbestände darstellen und deshalb strikte voneinander zu trennen sind⁷⁰⁶. Einerseits kann durch Wettbewerbsabreden eine kollektiv marktbeherrschende Stellung begründet werden⁷⁰⁷. Andererseits muss bei implizit kollusivem Verhalten noch keine Wettbewerbsabrede

705 Es wurde bereits ausgeführt, dass die explizite Koordinierung als Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG zu qualifizieren ist. Demgegenüber betrifft die implizite Koordination in der Regel Fälle der Marktbeherrschung.

706 BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 459b.

707 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 288 ff.

vorliegen, während das Vorhandensein von Abreden nicht unbesehen auf eine kollektive Marktbeherrschung schliessen lässt⁷⁰⁸.

Im bereits mehrfach erwähnten Fall betreffend Kreditkarten-Akzeptanz-Geschäft konnte sich die WEKO – so weit ersichtlich – erstmals in dieser Form zum Verhältnis zwischen den beiden Tatbeständen äussern⁷⁰⁹. Dort hielt sie fest, dass es [e]ntgegen der Ansicht der Parteien [...] festzuhalten [gelte], dass ein Parallelverhalten auch durch eine stillschweigende Kollusion (tacit collusion) erfolgen [könne]. Davon zu unterscheiden [sei] die von den Parteien erwähnte ausdrückliche Kollusion in Form einer Abrede oder einer abgestimmten Verhaltensweise (explicit collusion). Die beiden Formen von Parallelverhalten untersch[ie]den sich wesentlich, nämlich durch das Element der bewussten und gewollten Konzertierung. Dieses Element [sei] nämlich nur der Abrede respektive der abgestimmten Verhaltensweise inhärent [...]. Das natürliche und strukturbedingte Parallelverhalten [sei] jedoch für sich allein kartellrechtlich nicht problematisch, da es mangels Abstimmung unter den Wettbewerbern an der Konzertierung fehl[e]. Führt die bestehenden Marktstrukturen jedoch dazu, dass Oligopolisten das jeweilige Marktverhalten ihrer Konkurrenten antizipieren und dementsprechend gleich reagieren [könnten], [läge] eine kollektiv marktbeherrschende Stellung vor, deren Missbrauch im Sinne von Artikel 7 KG unzulässig wäre⁷¹⁰.

Daraus kann zweierlei geschlossen werden: Zum einen kann auch strukturbedingtes Parallelverhalten zu einer Anwendung von Art. 7 KG führen, wenn (daneben) eine missbräuchliche Verhaltensweise vorliegt. Zum anderen erfüllt ein solches Parallelverhalten als autonomer Anpassungsprozess und mangels Konzertierung die Voraussetzungen einer Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG nicht. Gleichzeitig hat sich die WEKO aber auch bei der Begrifflichkeit festgelegt und versteht den Begriff der Kollusion (collusion) in einem wirtschaftlichen Sinn, wie dies auch im Rahmen dieser Arbeit der Fall ist.

Den Erwägungen der WEKO im Kreditkarten-Fall kann entnommen werden, dass in bestimmten Fällen, namentlich bei Vorliegen expliziter »Kollusion«, sowohl der Abredetatbestand als auch derjenige der missbräuchlichen Verhaltensweisen angewendet werden können⁷¹¹. Dies ist in mehrfacher Hinsicht ein Vorteil für die Praxis der WEKO. Einerseits besteht die Möglichkeit, eine Abrede für unzulässig zu erklären, und andererseits kann der Abschluss marktgerechter

708 BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 459c f.

709 Beachtlich ist aber, dass die WEKO auch schon in früheren Entscheiden sowohl eine Überprüfung nach Art. 5 als auch nach Art. 7 KG vorgenommen hat; vgl. hierzu RPW 1999/2, S. 229 und S. 235.

710 Zum Ganzen RPW 2003/1, S. 134 Rz 161.

711 So hat die WEKO im bereits erwähnten Schlachtschweine-Fall (RPW 2004/3, S. 726 ff.) beide Tatbestände geprüft. Allerdings hat sie sich nicht zu deren Verhältnis untereinander geäussert; vgl. im Übrigen auch EMCH, kollektive Marktbeherrschung, S. 170.

bzw. nicht missbräuchlicher Verträge angeordnet werden⁷¹². Zudem kann, wenn eine Abrede im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG unbewiesen bleibt, allenfalls eine Korrektur über Art. 7 KG herbeigeführt werden. Aus diesen Gründen wird die gleichzeitige Anwendbarkeit der beiden Tatbestände in Lehre und Praxis bejaht. Damit kann zusammengefasst Folgendes festgehalten werden: Bei expliziter »Kollusion« (Konzertierung) sind sowohl Art. 5 als auch Art. 7 KG zu prüfen; bei impliziter (strukturbedingtes Parallelverhalten) ist »lediglich« die Anwendbarkeit von Art. 7 KG zu untersuchen. Während Art. 5 KG das parallele Verhalten sanktionieren will, findet sich Art. 7 KG mit einem solchen zwar ab, doch verbietet es den Wettbewerbern, die dadurch begründete Stellung missbräuchlich auszunützen. Die beiden Tatbestände haben somit zwar den gleichen Grundgedanken, enthalten aber einen unterschiedlichen Regelungszweck. Die kumulative Anwendbarkeit erscheint deshalb gerechtfertigt⁷¹³.

2. Vorbemerkung zum europäischen und US-amerikanischen Recht

Ausführlich wurden nun die relevanten Punkte des geltenden Schweizer Wettbewerbsrechts behandelt. Im Rahmen dieser Arbeit liegt hier auch der Schwerpunkt. Nachfolgend sollen aber ebenso Ausführungen zum europäischen und zum US-amerikanischen Recht nicht fehlen. Diese fallen jedoch ungleich kürzer aus. Im Zentrum steht nicht eine umfassende Darstellung, sondern vielmehr die Grundzüge. Sie werden so weit aufgezeigt, als es das Verständnis der im letzten Abschnitt dieses Teils wiedergegebenen Fallbeispiele aus der Praxis erfordert. Dies hat zur Folge, dass die weitere Vertiefung gerade im Bereich des US-amerikanischen Rechts bei Vorliegen eines konkreten Falles in der Praxis unerlässlich ist. Hinsichtlich des europäischen Rechts stellt sich dieses Problem hingegen insofern nicht, als dass sich das Schweizer Recht, wie bereits erwähnt, nach dem europäischen Recht ausgerichtet hat, weshalb die Ausführungen vielfach übernommen werden können. Wenn nachfolgend also davon gesprochen wird, dass das europäische Recht dem schweizerischen entspricht, so ist damit nicht gemeint, das europäische hätte sich nach dem schweizerischen gerichtet. Immerhin aber stellt die Angleichung eine wesentliche Vereinfachung dar. Dies nicht nur, weil in der EU auf eine umfassendere Praxis zurückgegriffen werden kann, sondern auch für den Praktiker und die Unternehmen, die grenzüberschreitend tätig sind.

712 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 289.

713 So auch BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 289.

3. EU-Recht

3.1. Überblick

In der Europäischen Union hat das Gemeinschaftsrecht mittlerweile überragende Bedeutung erlangt. Im Wettbewerbsrecht zentral war bis vor Kurzem der Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV), der ganz generell auch die Rechtsgrundlage für den Gemeinsamen Markt, den Binnenmarkt und die Wirtschafts- und Währungsunion darstellte⁷¹⁴. Der EGV kannte zwei grundlegende Bestimmungen zum Wettbewerbsrecht: Art. 81 beschäftigte sich mit einem generellen Verbot von Wettbewerbsabreden, während Art. 82 bestimmte Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen verbot. Die Zweiteilung entspricht somit den Art. 5 und 7 KG, wobei die Regelungen, wie sogleich zu zeigen sein wird, auch ähnlich aufgebaut sind.

Im September 2007 unterzeichneten die 27 EU-Mitgliedstaaten den Vertrag von Lissabon »anstelle« des EU-Verfassungsvertrags, der infolge von Referenden in Frankreich und den Niederlanden abgelehnt worden war. Kernpunkt des Vertrags von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist, bildet unter anderem die Reform des EGV. Dadurch erhielt er einen neuen Namen: Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV). Die Namensänderung rührt daher, dass mit dem Vertrag von Lissabon die Europäische Gemeinschaft aufgelöst und all ihre Funktionen von der Europäischen Union übernommen worden sind. Bezüglich des Wettbewerbsrechts hat sich inhaltlich wenig bis gar nichts geändert. Die Art. 81 und 82 EGV wurden in den Art. 101 und 102 AEUV wortgetreu übernommen⁷¹⁵.

Neben dem AEUV enthalten Verordnungen des Rates wesentliche materiellrechtliche Ergänzung des primären Wettbewerbsrechts. Gemeinhin wird gesagt, diese Verordnungen bildeten gar das wichtigste Instrument zur materiell- und verfahrensrechtlichen Ausgestaltung der Wettbewerbsregeln⁷¹⁶. Zu denken ist neben der Verordnung über die Durchführung der in den Art. 81 und 82 EGV festgehaltenen Wettbewerbsregeln (VO [EG] Nr. 1/2003) und der Verordnung über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen (VO [EG] 139/2004) auch an die diversen Gruppenfreistellungsverordnungen, mit denen die Legalausnahme von Art. 81 Abs. 3 EGV bzw. nunmehr Art. 101 Abs. 3 AEUV konkreti-

714 IMMENGA/MESTMÄCKER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Einleitung, S. 27 N 1.

715 Vgl. die Konkordanztafel in ABIEU vom 30. März 2010, C 83/372 (abrufbar unter anderem unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0361:0388:EN:PDF> [zuletzt besucht am 1. Oktober 2011]).

716 IMMENGA/MESTMÄCKER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Einleitung, S. 2 N 5.

siert wird⁷¹⁷. Schliesslich ist auch an die Richtlinien zu denken, die jedoch hauptsächlich der Rechtsangleichung dienen.

Fällt das Stichwort Rechtsangleichung, so muss auch auf das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum mitgliedstaatlichen Recht eingegangen werden. Nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gilt der Vorrang des Gemeinschaftsrechts. Dabei sieht Art. 103 Abs. 2 lit. e AEUV (Art. 83 Abs. 2 lit. e EGV) vor, dass der Rat das Verhältnis zwischen den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften einerseits und den Wettbewerbsregeln des AEUV (EGV) festlegen kann. Von dieser Kompetenz hat er aber (bislang) nicht Gebrauch gemacht. Die bereits erwähnte Verordnung (EG) Nr. 1/2003 hält in Art. 3 jedoch fest, dass die Gerichte und Behörden der Mitgliedstaaten verpflichtet sind, neben ihrem eigenen Recht auch Art. 81 und 82 EGV bzw. Art. 101 und 102 AEUV anzuwenden, wenn der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt wird. Zusätzlich wird in Abs. 2 der Bestimmung die Anwendung mitgliedstaatlichen Rechts im Bereich der Zwischenstaatlichkeitsklausel ausgeschlossen. Daraus folgt, dass im Bereich der Zwischenstaatlichkeit mit Ausnahme »einseitiger Handlungen von Unternehmen« strengeres bzw. weitergehendes als das Gemeinschaftsrecht ausgeschlossen ist. In den übrigen Bereichen gilt zwar der Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts und der parallelen Geltung, doch führt jede materiellrechtliche Abweichung des mitgliedstaatlichen Rechts von den Wettbewerbsregeln des AEUV bzw. des EGV zum Vorrang des Letzteren⁷¹⁸. Bei der Auslegung der Normen ist letztlich aber stets auch die Rechtsprechung des EuGH und vereinzelt des Gerichts der Europäischen Union (vormals: Gericht erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften; EuG) zu beachten⁷¹⁹.

3.2. Art. 101 AEUV (Art. 81 EGV)

3.2.1. Gesetzlicher Tatbestand

Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche

717 ZÄCH, Kartellrecht, S. 92 und 97 f.

718 Vgl. mit Verweisen auf die umfassende Rechtsprechung des EuGH zu dieser Thematik auch IMMENGA/MESTMÄCKER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Einleitung, S. 45 N 71 ff.

719 Sowohl die hier zitierte Literatur als auch die Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte beziehen sich zumeist noch auf den EGV. Es soll daher der Hinweis genügen, dass die Art. 81 und 82 EGV den Art. 101 und 102 AEUV entsprechen.

den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken. Darunter fallen insbesondere (im Sinne einer nicht abschliessenden, beispielhaften Aufzählung; lit. a bis e) die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen, die Einschränkung oder Kontrolle der Erzeugung, des Absatzes, der technischen Entwicklung oder der Investitionen, die Aufteilung der Märkte oder Versorgungsquellen und die Anwendung unterschiedlicher Bedingungen bei gleichwertigen Leistungen gegenüber Handelspartnern, wodurch diese im Wettbewerb benachteiligt werden, sowie die an den Abschluss von Verträgen geknüpfte Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen. Abs. 2 von Art. 101 AEUV besagt sodann, dass die nach diesem Artikel verbotenen Vereinbarungen nichtig sind. Gemäss Art. 101 Abs. 3 AEUV können aber die Bestimmungen des Abs. 1 für nicht anwendbar erklärt werden, wenn die Verbraucher am entstehenden Gewinn angemessen beteiligt werden und die Vereinbarung, der Beschluss oder die abgestimmte Verhaltensweise zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, wobei die Wettbewerbsbeschränkung für die Erreichung dieser Ziele unerlässlich sein muss und den Wettbewerb nicht für einen wesentlichen Teil der betreffenden Ware ausschalten darf.

Auch das europäische Recht trifft somit eine Unterscheidung zwischen Vereinbarung und abgestimmten Verhaltensweisen und sanktioniert beide gleichermaßen⁷²⁰. Art. 101 Abs. 1 AEUV ist allerdings zu eng formuliert und muss teleologisch reduziert werden. So sind nicht alle Wettbewerbsabreden verboten, vielmehr werden einige Sachverhalte von der Bestimmung gar nicht erfasst, so etwa bestimmte wettbewerbsintensivierende Kooperationsvereinbarungen oder die auch in der amerikanischen Praxis bekannten »ancillary restraints«, also wettbewerbsbeschränkende Nebenabreden, wenn die Hauptabrede als unbedenklich oder gar im Interesse des Wettbewerbs positiv einzustufen ist. Schliesslich liegt auch dann kein Fall von Art. 101 Abs. 1 AEUV vor, wenn gewisse Formen des Wettbewerbs als nicht schutzwürdig betrachtet werden⁷²¹. Als Beispiele für wettbewerbsintensivierende Kooperationsvereinbarungen sind die Zusammenarbeit bei der Beschaffung oder *beim Austausch von Informationen* oder der

720 Die Definition der abgestimmten Verhaltensweise als Tatbestandsmerkmal entspricht angesichts der Anlehnung des Schweizer Rechts dem europäischen; vgl. hierzu EuGH vom 16. Dezember 1975, Rs. 40/73 – Suiker Unie, Slg. 1975; ZÄCH, Europäisches Wirtschaftsrecht, S. 287 ff.

721 EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 N 178 ff.

Marktforschung, die gemeinsame Ausführung von Aufträgen, welche die Kapazität der einzelnen Unternehmen übersteigen würde, die gemeinschaftliche Werbung oder die Verwendung eines gemeinsamen Gütezeichens wie etwa Bio-Labells zu nennen⁷²².

Bagatellkartelle sollen ebenfalls nicht sanktioniert werden. Als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal kommt deshalb das Erfordernis der Spürbarkeit hinzu. Im Sinne einer De-minimis-Regel⁷²³ soll verhindert werden, dass Art. 101 Abs. 1 AEUV auf Sachverhalte angewendet wird, bei denen keine spürbare Beschränkung des Wettbewerbs vorliegt. Der Massstab für diese Beurteilung ist allerdings eine Hypothese. So kommt es nicht darauf an, ob die Auswirkungen tatsächlich eintreten, sondern bloss, ob sie sich dazu eignen⁷²⁴. Gleich wie im Schweizer Recht genügt es zur Anwendung von Art. 101 Abs. 1 AEUV bereits, wenn eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird. Die Rechtsprechung hat Kriterien entwickelt, die eine Beurteilung der Spürbarkeit zulassen. Im Vordergrund steht in erster Linie der Marktanteil⁷²⁵.

Fällt eine Wettbewerbsabrede in den Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 1 AEUV, ist sie grundsätzlich nichtig (Art. 101 Abs. 2 AEUV). Allerdings haben die Behörden bei Vorliegen der Voraussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV die Abrede für freigestellt zu erklären. Die Abs. 1 und 3 stehen in einem Regel-Ausnahme-Verhältnis zueinander. Abs. 3 von Art. 101 AEUV ist unmittelbar anwendbar und die Freistellung tritt ex lege ein, womit die Erklärung der Nichtanwendbarkeit von Abs. 1 lediglich deklaratorischen Charakter hat. Der Behörde steht somit bei der Beurteilung der Legalausnahme kein Ermessensspielraum zu⁷²⁶. Anders als Art. 5 KG, der jedoch auch unterschiedlich konzipiert ist, enthält Art. 101 Abs. 3 AEUV keinen Hinweis auf eine allfällige Beschränkung der Anwendbarkeit der Gesetzesbestimmung auf bestimmte Wettbewerbsabreden, insbesondere auf Kernbeschränkungen (Preisabsprachen, Marktaufteilung). Es stellt sich daher die Frage, ob solche besonders »schädliche« Abreden *per se* verboten sind, also nicht freistellbar sind⁷²⁷. Die Frage ist wohl insofern nicht von besonderer Relevanz, als dass solche Kernbeschränkungen kaum je die Vor-

722 Vgl. zu diesen Beispielen insb. ZÄCH, Kartellrecht, S. 93, mit Hinweisen auf die Praxis sowie die Bekanntmachungen und Verordnungen.

723 Vom Lateinischen »*de minimis non curat lex*« (sinngemäss: Um Geringfügigkeiten kümmert sich das Gesetz nicht).

724 EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 N 185 ff.

725 ZÄCH, Kartellrecht, S. 95, insb. Rz 206, mit dem Hinweis auf die Bagatellbekanntmachung (ABl 2001 C 368/13); EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 N 189.

726 ELLGER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 3 N 15 ff.

727 Befürwortend ZÄCH, Kartellrecht, S. 96, insb. Rz 210.

aussetzungen von Art. 101 Abs. 3 AEUV erfüllen. Der Wortlaut lässt jedenfalls keinen Schluss auf ein Per-se-Verbot zu⁷²⁸.

Als letzte Besonderheit des europäischen Rechts ist das Institut der Gruppenfreistellung zu erwähnen. Zwar kann die Deklaration der Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV als Einzelentscheidung erfolgen, doch können auch Gruppen von Vereinbarungen, die wegen ihrer Ähnlichkeit generalisiert werden können, vom Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV als ausgenommen erklärt werden. Dies erfolgt in der Form einer Verordnung und hat den Vorteil, dass die Parteien in diesen Fällen selber in die Lage kommen, ihre Abrede zu beurteilen. In diesem Zusammenhang ist ein bemerkenswertes, aber leider nicht mehr vorhandenes Institut in verfahrensrechtlicher Hinsicht zu erwähnen: Während bis zum Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1/2003 die Möglichkeit bestand, eine verbindliche Entscheidung über die Nichtanwendbarkeit der Wettbewerbsbestimmungen zu verlangen, fehlt neu Entsprechendes, was der Rechtssicherheit nicht gerade dienlich ist⁷²⁹.

3.2.2. Abgestimmte Verhaltensweisen im Besonderen

Das Verbot abgestimmter Verhaltensweisen spielt im Gemeinschaftsrecht eine nicht unbedeutende Rolle. Hinsichtlich des Begriffs kann auf das zum Schweizer Recht Ausgeführte verwiesen werden⁷³⁰. Kontrovers diskutiert wird vor allem die Beweisproblematik, namentlich bei Vorliegen enger Oligopole. Weil der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise zugleich eine Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Art. 101 AEUV bewirkt und als Auffangtatbestand dient, lässt die Rechtsprechung eine Qualifikation des Verhaltens sowohl als Vereinbarung als auch als abgestimmte Verhaltensweise zu, sofern von einem Verhalten auszugehen ist, das in den Komplex einer umfassenden Marktregelung eingeordnet werden kann⁷³¹. Entscheidend ist, dass nicht bloss eine einseitige Massnahme eines Unternehmens vorliegt, sondern ein willentliches Zusammenwirken im Sinne einer Koordinierung bzw. Zusammenarbeit. Vorausgehen wird einer solchen Verhaltensabstimmung eine Fühlungnahme zwischen mindestens zwei Unternehmen, wobei das wichtigste Mittel der gegenseitige Informationsaus-

728 Vgl. diesbezüglich auch ELLGER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 3 N 19.

729 Siehe auch ZÄCH, Kartellrecht, S. 101 f., mit dem Hinweis auf mitgliedstaatliche Regelungsmöglichkeiten.

730 Vorstehend Ziff. 1.2.3.b.

731 EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 N 96 ff.

tausch darstellt⁷³². Dadurch wird die Unsicherheit beseitigt, die für unternehmerisches Verhalten unter Wettbewerbsbedingungen charakteristisch ist. Nicht erforderlich ist allerdings auch in der europäischen Praxis die Entwicklung eines eigentlichen, gemeinsamen Planes; die Anpassung an die Wünsche eines anderen Unternehmens genügt. Dieser Folgerung liegt die Auffassung zugrunde, dass der Wettbewerbsprozess durch die Beseitigung der Unsicherheit als Folge der Fühlungnahme beschränkt oder mindestens verfälscht wird bzw. künstliche Marktbedingungen geschaffen werden⁷³³. Dies ist mit Art. 101 AEUV nicht vereinbar.

Als dann ist bedeutsam, dass die Verhaltensabstimmung als solche noch nicht genügt. Vielmehr ist erforderlich, dass ein entsprechendes Verhalten hinzutritt⁷³⁴. Die Abstimmung muss sich demnach nach aussen manifestieren. Hinzu kommt, dass zwischen der Abstimmung und dem Verhalten ein Kausalzusammenhang bestehen muss, wofür unter Umständen eine Vermutung besteht. Unter der Annahme rational handelnder Unternehmen ist namentlich davon auszugehen, dass das festgestellte Verhalten auf den ausgetauschten Informationen beruht. Die Widerlegung dieser Vermutung obliegt dem entsprechenden Unternehmen. Schliesslich ist nicht notwendig, dass es bereits zu wettbewerbswidrigen Wirkungen des Verhaltens gekommen ist, was sich bereits daraus ergibt, dass die wettbewerbswidrige Wirkung nicht zwingend bewirkt werden muss, sondern ein dahingehender Zweck ausreicht⁷³⁵.

3.2.3. Kernpunkte

Zunächst zeigt sich, dass sowohl im europäischen als auch im schweizerischen Kartellrecht Unterscheidungen unterlassen werden, wo solche ökonomisch betrachtet nicht gerechtfertigt wären: Für unzulässig werden sowohl Abreden als

732 Vgl. bspw. EuGH vom 15. März 2000, Rs. T-25/95 – Cimenteries CBR, Slg. 2000, II-491, Rz 1849; der EuGH hielt fest, dass der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise die Existenz gegenseitiger Kontakte voraussetze. Diese Gegenseitigkeit sei bereits erfüllt, wenn ein Konkurrent seine Absichten oder sein künftiges Verhalten auf dem Markt einem anderen auf dessen Wunsch mitteilt oder dieser die Mitteilung zumindest akzeptiert.

733 GIPPINI-FOURNIER, in: LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, Kartellrecht, Art. 81 N 94 ff.; EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 N 104 ff.

734 Dies ergebe sich bereits aus dem Begriff der »Verhaltensabstimmung«, vgl. EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 N 105, mit den Hinweisen auf die Rechtsprechung. Zu vermuten ist allerdings, dass eine Wettbewerbsbehörde ohnehin erst aufgrund der Feststellung eines entsprechenden Verhaltens aktiv wird, nachdem es bei der abgestimmten Verhaltensweise an einer (durchsetzbaren) Abrede fehlt und sich die Abstimmung mehrheitlich nur im Verhalten äussert.

735 EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 N 114 ff.

auch abgestimmte Verhaltensweisen erklärt, denn beide haben auf dem Markt denselben Effekt⁷³⁶. Sodann sind Abreden im Allgemeinen dann unzulässig, wenn sie eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken oder bewirken («Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung» gemäss AEUV). Die Erfüllung auch nur eines dieser Merkmale genügt.

Weiter sollen Wettbewerbsabreden nur dann verboten werden können, wenn sie eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs mit sich bringen (ungeschriebenes Kriterium der Spürbarkeit gemäss AEUV). Schliesslich kennen beide Rechtsordnungen die Möglichkeit, bestimmte Abreden von der Anwendbarkeit des Gesetzes auszunehmen, selbst wenn diese eine Wettbewerbsbeschränkung mit sich bringt. Dies ist in beiden Fällen jedoch nur dann möglich, wenn die Voraussetzungen der Notwendigkeit (Unerlässlichkeit gemäss AEUV) und der fehlenden Möglichkeit der Beseitigung wirksamen Wettbewerbs (Ausschalten des Wettbewerbs gemäss AEUV) vorliegen.

Einen Schritt weiter geht das Schweizer Kartellrecht jedoch dahingehend, als dass es sich auch über so genannte Kernbeschränkungen äussert. Gemäss KG wird in diesen Fällen die Beseitigung des Wettbewerbs vermutet, was eine Rechtfertigung ausschliesst bzw. erst dann wieder zulässt, wenn die Vermutung widerlegt ist. Der AEUV hingegen subsumiert, zumindest dem Wortlaut nach, alles unter die Bestimmung und macht somit auch Kernabsprachen einer »Rechtfertigung« grundsätzlich zugänglich. Als weiterer Unterschied ist zu erwähnen, dass Art. 101 AEUV teilweise aus der Starrheit des Regel-Ausnahme-Gefüges gehoben wird, indem versucht wird, die Bestimmung im Sinne einer dem amerikanischen Recht entnommenen »rule of reason« auszulegen⁷³⁷. Danach ist zu unterscheiden, ob eine Vereinbarung besonders schwere und offensichtliche Beschränkungen des Wettbewerbs bezweckt und keinen über die Vorteile der Wettbewerbsbeschränkung für die beteiligten Unternehmen hinausgehenden gesellschaftlichen Nutzen aufweist, oder ob sie zwar wettbewerbsbeschränkende Wirkungen mit sich bringt, bei denen aber eine Abwägung zwischen den Nachteilen der Wettbewerbsbeschränkung und dem wirtschaftlichen Nutzen vorgenommen wird. Diese Abwägung von wettbewerbsrechtlichen Erwägungen bzw. Argumenten wird »rule of reason« genannt. Vereinbarungen der ersten Art sind »unvernünftig« (*unreasonable*) und per se unzulässig (*per se illegality*), diejenigen der zweiten Art können als vernünftig (*reasonable*) eingestuft werden⁷³⁸. Die Anwendung der »rule of reason« im Sinne einer immanenten Grenze des Kartellverbots führt jedoch zu einer Verwischung zwischen Abs. 1 und Abs. 3 von Art. 101 AEUV,

736 BORER, Kartellgesetz, Art. 4 N 7; allerdings kennt das europäische Recht keine Art. 4 KG analoge Bestimmung.

737 ZÄCH, Kartellrecht, S. 94 Rz 205.

738 Hierzu ELLGER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 3 N 63.

was in der Lehre vermehrt kritisiert wird. Weder besteht angesichts der Regelung in Art. 101 Abs. 3 AEUV ein tatsächliches praktisches Bedürfnis nach einer »rule of reason«, noch lässt sich eine solche auf die Rechtsprechung abstützen. Vielmehr hat die Anwendung der »rule« von den Gemeinschaftsgerichten als *nicht* anerkannt zu gelten. Dies schliesst zwar nicht aus, dass die *Würdigung einer Abrede* im wirtschaftlichen und rechtlichen Gesamtkontext letztlich ergibt, dass die Abrede nicht als Verstoss gegen das Kartellverbot aufgefasst wird, doch stellt dies keine Anwendung der »rule of reason« dar⁷³⁹.

3.3. Art. 102 AEUV (Art. 82 EGV)

3.3.1. Gesetzlicher Tatbestand

a) Überblick

Nach Art. 102 AEUV ist mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen. Der Missbrauch kann insbesondere darin bestehen, dass unangemessene Einkaufs- oder Verkaufspreise oder sonstige Geschäftsbedingungen unmittelbar oder mittelbar erzwungen werden, dass zum Schaden der Verbraucher die Produktionsmenge, der Absatz oder die technische Entwicklung eingeschränkt wird, dass gegenüber Handelspartnern trotz gleichwertiger Leistung unterschiedliche Bedingungen angewandt werden, so dass diese im Wettbewerb benachteiligt werden oder dass Verträge mit der Bedingung, dass die Vertragspartner zusätzliche Leistungen annehmen, die weder sachlich noch nach Handelsbrauch in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen, abgeschlossen werden.

Auch hier gliedert sich der Tatbestand somit in zwei Teile, nämlich in eine Generalklausel und eine beispielhafte Aufzählung missbräuchlicher Verhaltensweisen. Ebenso wie im Schweizer Recht liegt dieser Bestimmung die Erkenntnis zugrunde, dass nicht nur Kartelle, sondern auch wirtschaftliche Machtstellungen den Wettbewerb gefährden können. Je grösser der Beherrschungsgrad, umso kleiner die Wettbewerbsintensität⁷⁴⁰. Die geringere Effizienz bei der Allokation der Ressourcen reicht zur Anwendung von Art. 102 AEUV allerdings nicht aus.

739 ZÄCH, Kartellrecht, S. 94 Rz 205; ELLGER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 3 N 64 ff.; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 170.

740 SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, Wettbewerbsrecht, Art. 82 N 17.

Die Marktbeherrschung und die damit verbundene Abschwächung des Wettbewerbs stellt zwar eine Voraussetzung dar, doch braucht es in jedem Fall auch das Vorhandensein des Missbrauchselements; Grösse alleine genügt somit nicht⁷⁴¹. Zu unterscheiden ist zwischen Ausbeutungs- und Behinderungs- sowie Marktstrukturmissbrauch. Während der Ausbeutungsmissbrauch überwiegend aus Art. 102 Abs. 2 lit. a AEUV abgeleitet wird, mithin aus der ersten im Katalog beschriebenen missbräuchlichen Verhaltensweise, stellt die in Art. 102 Abs. 2 lit. b AEUV mitumfasste Einschränkung fremden Angebots einen typischen Behinderungsmissbrauch dar⁷⁴². Demgegenüber enthalten das Diskriminierungsverbot in Art. 102 Abs. 2 lit. c AEUV und das Verbot von Koppelungsgeschäften im Sinne von Art. 102 Abs. 2 lit. d AEUV Elemente sowohl der Ausbeutung als auch der Behinderung⁷⁴³. Schliesslich umfasst Art. 102 AEUV, wie gezeigt, grundsätzlich auch den Marktstrukturmissbrauch. So kann die Verstärkung einer beherrschenden Stellung ebenfalls unter die Bestimmung fallen, wenn sie mit anderen Mitteln als denen des Leistungswettbewerbs erfolgt. Insofern wurde, zumindest bis zum Inkrafttreten der Fusionskontrollverordnung, auch der Unternehmenszusammenschluss unter den damaligen Art. 82 EGV subsumiert⁷⁴⁴. Auch die Verschlechterung des Angebots kann einen Marktstrukturmissbrauch darstellen, beispielsweise wenn dadurch Ineffizienzen aufgebaut werden und damit die Leistungsqualität abnimmt sowie wenn die in einem betroffenen Markt notwendigen Innovationsmassnahmen zu Lasten der Verbraucher unterlassen werden. Eine Leistungsver schlechterung stellt jedoch nicht immer einen Missbrauch dar. So lässt sich eine generelle Innovationspflicht nicht aus Art. 102 AEUV ableiten. Vielmehr ist in der Regel erforderlich, dass eine weitere Verhaltensweise vorliegt, beispielsweise Preissmissbrauch⁷⁴⁵. Praktische Bedeutung erlangte diese Art des Marktstrukturmissbrauchs vor allem in Konstellationen mit öffentlichen Monopolstellungen⁷⁴⁶.

741 MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 82 N 122; ZÄCH, Kartellrecht, S. 99 Rz 214 ff.

742 Als Mischform wird diese Verhaltensweise dann betrachtet, wenn nicht die Aktivitäten der Wettbewerber behindert werden, sondern der eigene Absatz bzw. die eigene technische Entwicklung zulasten der Verbraucher betroffen ist; vgl. MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 82 N 130.

743 SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, Wettbewerbsrecht, Art. 82 N 23; vgl. auch LÜBBIG, in: LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, Kartellrecht, Art. 82 N 143 ff.

744 SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, Wettbewerbsrecht, Art. 82 N 27; EuGH, Urteil vom 21. Februar 1973, Rs. 6/72, S. 244 Rz 22 ff., insb. Rz 26 – Continental Can.

745 LÜBBIG, in: LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, Kartellrecht, Art. 82 N 189 ff.

746 MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 82 N 272.

b) Kollektive Marktbeherrschung

Der Gesetzeswortlaut erfasst neben dem einzelnen marktbeherrschenden Unternehmen auch »mehrere Unternehmen«. Eine beherrschende Stellung kann somit ausdrücklich auch von mehreren Unternehmen eingenommen werden. Allerdings kennt das Gesetz keine Legaldefinition dieser *kollektiven Marktbeherrschung*⁷⁴⁷. Zwei Fälle sind denkbar: Zum einen können sich bereits gebildete Kartelle missbräuchlich verhalten, beispielsweise, wenn ihr gemeinschaftlicher Beherrschungsgrad auch eine Beschränkung wirksamen Wettbewerbs von Seiten Dritter, mithin eine Einschränkung des Aussenwettbewerbs bewirkt. Erscheinungsformen sind Verdrängungsmassnahmen und die Ausbeutung der Marktgegenseite. Zum anderen sind Fälle kollektiver Marktbeherrschung in engen Oligopolen zu beobachten. Das unter Umständen kartellrechtlich nicht relevante Parallelverhalten kann dazu führen, dass Preise über das Wettbewerbsniveau gehoben oder Vertragsbedingungen missbräuchlich festgesetzt werden können, da der Marktgegenseite die Ausweichmöglichkeiten fehlen. Ob die Fähigkeit, sich von anderen Marktteilnehmern unabhängig zu verhalten, auch jedem Einzelnen zukommt, ist unerheblich⁷⁴⁸. Erforderlich ist allerdings eine gewisse Dauer, wobei als Indizien strukturelle Verflechtungen der marktbeherrschenden Unternehmen, deren Verhaltensweisen oder die besonderen Umstände des Marktes in Frage kommen⁷⁴⁹. Zudem müssen die Unternehmen für die Annahme einer kollektiven Marktbeherrschung enge wirtschaftliche Bande aufweisen, damit sie auf dem Markt in gleicher Weise vorgehen können. Insofern stellen sie eine kollektive Einheit dar, innerhalb welcher kein wirksamer Wettbewerb stattfindet. Nicht erforderlich ist somit, dass eine Vereinbarung abgeschlossen wird oder Formen kollusiven Verhaltens im Sinne von Art. 101 Abs. 1 AEUV vorliegen (»Oligopolfrieden«)⁷⁵⁰. Hingegen genügt allein die oligopolistische Interdependenz – zumindest nach dem Gericht der Europäischen Union – nicht. Vielmehr müssen weitere Umstände wie hohe Markttransparenz und das Angebotsverhalten innerhalb des Oligopols vorhanden sein. Dadurch kann das Verhalten der Konkurrenten in Erfahrung gebracht werden, was ein einheitliches Vorgehen erst ermöglicht. Zudem müssen aufgrund von wirksamen Abschreckungs- und Vergeltungsmitteln strukturelle Anreize bestehen für die dauerhafte Aufrechterhaltung einer stillschweigenden Kollusion. Schliesslich wird gefordert, dass weder aktu-

747 BERGMANN, in: LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, Kartellrecht, Art. 82 N 120 f.; zur kollektiven Marktbeherrschung im europäischen Recht vgl. WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 343 ff.

748 SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, Wettbewerbsrecht, Art. 82 N 79.

749 Zum Ganzen vgl. MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 82 N 110 f.

750 BERGMANN, in: LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, Kartellrecht, Art. 82 N 121; MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 82 N 111 f.

eller noch potentieller Aussenwettbewerb vorliegen⁷⁵¹. Dies würde die Stabilität gefährden. Die Verhinderung eines wirksamen Wettbewerbs und die Möglichkeit zu einem unabhängigen Marktverhalten im Verhältnis zur Konkurrenz stellen damit die beiden wesentlichen charakteristischen Merkmale der (kollektiven) beherrschenden Stellung dar. Die Praxis greift somit zum einen auf die Markt- und Unternehmensstruktur und zum anderen auf das Verhalten des betreffenden Unternehmens zurück⁷⁵².

c) Rechtsfolgen

Wie das in Art. 101 AEUV verankerte »Kartellverbot« entfaltet auch das Missbrauchsverbot gemäss Art. 102 AEUV unmittelbare Wirkung »erga omnes«. Im Gegensatz zu Art. 101 AEUV bestehen bei Art. 102 AEUV allerdings keine Möglichkeiten der Freistellung. Insofern gilt die Bestimmung absolut. Als Rechtsfolge kommt neben der Untersagung der Verhaltensweise das Bussgeld in Betracht. Die Kommission erlässt eine formelle Verbots- und Untersagungsverfügung, eventuell verbunden mit einer aufgrund der Schwere und der Dauer des Verstosses festgesetzten Busse. Unabhängig von der Busse ist es schliesslich möglich, ein Zwangsgeld anzudrohen, um das Unternehmen zur Beachtung des Verbots bzw. der mit einem Verbot allenfalls verbundenen Verpflichtung anzuhalten⁷⁵³.

3.3.2. Kernpunkte

Auch im Bereich der Marktbeherrschung sind das Schweizer und das europäische Kartellrecht ähnlich aufgebaut. Beide kennen eine Generalklausel sowie eine beispielhafte Aufzählung missbräuchlicher Verhaltensweisen. Sie unterscheiden sich aber in der Formulierung. Zu beachten ist insbesondere, dass – wie die Art. 5 und 7 KG – auch die Art. 101 und 102 AEUV nebeneinander zur Anwendung gelangen können. Dies ist dann der Fall, wenn das Kartell gleichzeitig

751 Diese Voraussetzungen wurden im viel beachteten Airtours-Fall umfassend entwickelt, vgl. EuG vom 6. Juni 2002, Slg. 2002 II 2585; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 345 f.; MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 82 N 113. Darauf berief sich in der Folge auch die WEKO im Schlachtschweine-Fall, vgl. RPW 2004/3, S. 699.

752 BERGMANN, in: LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, Kartellrecht, Art. 82 N 93 ff.

753 MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 82 N 20 ff.; vgl. dazu auch EuGH, Urteil vom 6. März 1974, Rs. C-6 und 7/73, S. 256 ff., insb. Rz 43 ff. – Istituto Chemioterapico Italiano/CSC (»Zoja«); siehe auch ZÄCH, Kontrahierungszwang, S. 2 ff.

seine Kollektivmarktmacht missbraucht. Art. 101 und 102 AEUV sind insofern komplementär, wobei in Anlehnung an die strafrechtliche Terminologie auch von Idealkonkurrenz gesprochen wird⁷⁵⁴. Anzumerken ist mit Blick auf die Möglichkeit der Gruppenfreistellung im Rahmen von Art. 101 AEUV, dass die Freistellung einer bestimmten Verhaltensweise bzw. Vereinbarung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV die Anwendbarkeit von Art. 102 AEUV nicht ausschliesst, und zwar ungeachtet dessen, ob es sich um eine Einzel- oder um eine Gruppenfreistellung handelt⁷⁵⁵.

Unterschiede zum Schweizer Recht finden sich vor allem dort, wo sie die rechtlichen Rahmenbedingungen betreffen. Die gemeinschaftlichen Regeln sind stets in ihrem Zusammenhang zu sehen und in ebendiesem Lichte auszulegen. Das gilt insbesondere auch für die Wettbewerbsordnung und den Binnenmarkt. Die entsprechenden Vorschriften sind als Teil des gesamten Systems zu betrachten, als Teil der Wirtschaftsordnung. Insofern standen die Wettbewerbsregeln bislang in einem direkten Zusammenhang mit der Errichtung des in Art. 2 EGV erwähnten Gemeinsamen Marktes⁷⁵⁶. Diese Bestimmung wurde in dieser Form allerdings nicht in den AEUV übernommen. Aus diesem Gesamtkontext wurde auch das Schutzobjekt der Wettbewerbsbestimmungen abgeleitet. Art. 81 und 82 EGV dienten daher nicht nur dem Wettbewerb als solchem, sondern auch der Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes⁷⁵⁷. Zwischenzeitlich ist dieses Ziel freilich angesichts der Entwicklung des Marktes in den Hintergrund getreten, was wohl auch der Grund für die Nichtübernahme des Art. 2 EGV in den AEUV darstellen dürfte (vgl. im Übrigen Art. 3 AEUV). Im Zentrum steht nunmehr der Binnenmarkt als solcher, wobei stets auch als weiteres Tatbestandsmerkmal die bereits unter dem EGV geltende Zwischenstaatlichkeitsklausel zu beachten ist.

754 Angesichts des unterschiedlichen Regelungsgehalts der beiden Bestimmungen ist eine Gesetzeskonkurrenz von vornherein ausgeschlossen, vgl. SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, Wettbewerbsrecht, Art. 82 N 37; BERGMANN, in: LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, Kartellrecht, Art. 82 N 9; MÖSCHEL, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 82 N 107 und 117.

755 Vgl. mit Hinweisen auf die Rechtsprechung auch BERGMANN, in: LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, Kartellrecht, Art. 82 N 9.

756 IMMENGA/MESTMÄCKER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Einleitung N 1 ff.

757 ZÄCH, Kartellrecht, S. 91 Rz 199.

4. US-Recht

4.1. Übersicht über die Rechtsgrundlagen

Bevor sich der US-Gesetzgeber des Wettbewerbsrechts annahm, waren Kartelle fester Bestandteil der amerikanischen Industrie. Diese Kartelle kannten formelle Vereinbarungen zur Limitierung des Wettbewerbs. Da die Unternehmen sich nicht vor rechtlichen Konsequenzen fürchten mussten, etablierten sie effektive Methoden zur Einhaltung der Wettbewerbsbeschränkung⁷⁵⁸. Aufgebrochen werden konnten diese grossen Kartelle erst durch die Schaffung klarer Wettbewerbsregeln und durch die Erklärung, dass Kartelle fortan als illegal zu gelten haben. Wie im schweizerischen Recht waren die Sanktionen zu Beginn aber wenig griffig. Dennoch waren die Bemühungen schliesslich von Erfolg gekrönt. Zu beachten ist allerdings, dass sich die USA bereits zu Beginn des 20. Jahrhunderts mit dem Kartellproblem intensiv zu befassen begannen, während es in der Schweiz, wie gezeigt, erst in den Achtziger- oder gar Neunzigerjahren gesetzgeberische Relevanz erhielt. Mittlerweile kennt das US-amerikanische Kartellrecht insbesondere drei Rechtsgrundlagen: Den Sherman Act, den Clayton Act und den Federal Trade Commission Act. Im Zentrum stehen die ersten beiden *Acts*, wobei zusätzlich die so genannten »guidelines« des US-Justizministeriums nicht ausser Acht gelassen werden dürfen, beispielsweise die Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors⁷⁵⁹. Wie generell in Ländern mit Common Law ist viel Wert auf massgebliche richterliche Entscheide der Vergangenheit, die so genannten Präzedenzfälle, zu legen. Dieses Fallrecht erlangt vor allem bei Entscheiden zum Informationsaustausch besondere Relevanz, weil diese jeweils erheblich von den konkreten Umständen abhängen⁷⁶⁰.

4.2. Sherman und Clayton Act

Bei der Beurteilung von wettbewerbs sensitiven Praktiken ist zunächst einmal der Sherman Act zu beachten, der Ausgangspunkt für die Behandlung von Wettbewerbsbeschränkungen oder Monopolisierungen darstellt⁷⁶¹. Relevant sind vor allem die Sections 1 und 2, während der Clayton Act unter anderem verschiedene,

758 POSNER, Antitrust Law, S. 51.

759 Diese Guidelines enthalten in Ziff. 3.34(e), wenn auch nur in geringem Umfang, Überlegungen zum Informationsaustausch (»Likelihood of Anticompetitive Information Sharing«).

760 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 143.

761 ZÄCH, Kartellrecht, S. 77 Rz 167.

eher detaillierte Regeln zu bestimmten wettbewerbsbeschränkenden Praktiken enthält⁷⁶².

Section 1 des Sherman Act lautet:

»Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony and, on conviction thereof, shall be punished by a fine not exceeding \$ 100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$ 1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.«

Section 2 des Sherman Act lautet:

»Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$ 100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$ 1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.«

Durch den Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act von 2004 wurde die Möglichkeit geschaffen, weit höhere Strafen auszusprechen: »[...] *the defendant may be fined not more than the greater of twice the gross gain or twice the gross loss* [...]«⁷⁶³

Bereits beim europäischen Recht wurde auf die Unterscheidung zwischen »reasonable« und »unreasonable« hingewiesen. Darauf kann nun bei der Betrachtung von Section 1 Sherman Act näher eingegangen werden. Zentraler Bestandteil des Tatbestandes ist die »restraint of trade or commerce«; ein auslegungsbedürftiges Element⁷⁶⁴. Angesichts der Undifferenziertheit der Formulierung fragt sich daher, ob alle wettbewerbsbeschränkenden Abreden – ausnahmslos – darunter fallen, oder ob lediglich die so genannten unvernünftigen (unreasonable) in den Anwendungsbereich von Section 1 Sherman Act fallen, namentlich jene Abreden, die besonders schwere und offensichtliche Beschränkungen des Wettbewerbs bezwecken und keinen über die Vorteile der Wettbewerbsbeschränkung für die beteiligten Unternehmen hinausgehenden gesellschaftlichen Nutzen aufweisen.

Während zu Beginn eine Einschränkung auf unvernünftige Abreden abgelehnt wurde, erfolgte durch die Rechtsprechung im Laufe der Zeit eine teleologische Reduktion zugunsten der Anwendung einer »rule of reason«. Dies führte dazu, dass heute nach einer Abwägung sämtlicher wettbewerblicher Argumente ein Verstoß gegen Section 1 Sherman Act nur dann vorliegt, wenn die Abrede un-

762 ZÄCH, Kartellrecht, S. 77 Rz 168.

763 Vgl. 15 U.S.C. § 1 i.V.m. 18 U.S.C. § 3571, lit. d.

764 POSNER, Antitrust Law, S. 1.

vernünftig ist⁷⁶⁵. Ergänzt wurde diese Vorgehensweise mit den Per-se-Verboten. Dies erfolgte aufgrund der Einsicht, dass gewisse Wettbewerbsabreden bereits ohne vorzunehmende Abwägung als unvernünftig qualifiziert werden können, weil ihr Potential zur Wettbewerbsbeschränkung so hoch und dasjenige zur Wettbewerbs- oder Effizienzsteigerung so gering ist, dass eine weitere Prüfung als nicht notwendig erachtet wurde, beispielsweise bei Preis-, Mengen- und Gebietsabsprachen⁷⁶⁶. Daraus folgt grundsätzlich das folgende Vorgehen: Bei der Prüfung einer Wettbewerbsabrede nach Section 1 Sherman Act ist zunächst zu untersuchen, ob sie in den Anwendungsbereich eines Per-se-Verbotes fällt. Ist dies nicht der Fall, so ist aufgrund der rule of reason eine Abwägung mit wettbewerblichen Argumenten vorzunehmen. Diese Abwägung führt zur Feststellung, ob die fragliche Abrede vernünftig oder unvernünftig ist. Zu beachten gilt es aber, dass diese Prüfschritte nicht isoliert von einander erfolgen dürfen. Die Abgrenzung »Per-se-Verbot« und »rule of reason« kann nicht ungeachtet der jeweils anderen Erwägungen erfolgen. Vielmehr besteht zwischen den Extremen »Per-se-Verbot« und »reasonable« eine »sliding scale«, mithin fehlen klare Grenzen⁷⁶⁷. Interessant ist weiter, inwiefern ökonomische Grundsätze bzw. Analysen Eingang in die Abwägung finden können und dürfen. Die Lösung dazu dürfte sich im Spannungsfeld zwischen einer wohlfahrtsorientierten Effizienzbeurteilung und dem Schutz der Handlungsfreiheit des Einzelnen bewegen⁷⁶⁸. Allerdings scheint dieses Auslegungsergebnis bereits hinsichtlich der Ermittlung des Willens des historischen Gesetzgebers umstritten zu sein, auch wenn nicht zur Diskussion steht, dass die Funktion des Antitrust-Rechts bei seiner Schaffung zunächst vor allem vor dem politischen Hintergrund gesehen wurde und die Freiheit im wirtschaftlichen Prozess wesentliches Motiv war⁷⁶⁹. Nichtsdestotrotz dürfte der Effizienzgedanke wie auch in der europäischen Praxis vermehrt Eingang finden; wenn auch nicht als überwiegendes Element, so doch als weiteres Argument in der Abwägung⁷⁷⁰.

Section 2 Sherman Act verbietet insbesondere die Aneignung und die Erhaltung von Marktmacht sowie den Versuch hierzu, wenn die Mittel in wettbewerbsschädlichen Handlungen oder missbräuchlichen Verdrängungspraktiken bestehen. Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Mitteln ist allerdings schwierig. Immerhin kann festgehalten werden, dass Section 2 Sherman Act in der uns bekannten Terminologie insbesondere unzulässige Verhaltensweisen marktbe-

765 WAGNER-VON PAPP, Marktinformativsverfahren, S. 145 f.

766 ZÄCH, Kartellrecht, S. 79.

767 Entscheidung des U.S. Supreme Court von 1999 in Sachen California Dental Association vs. FTC, 526 U.S. 756, 779 f.

768 Vgl. WAGNER-VON PAPP, Marktinformativsverfahren, S. 147, m.w.H.

769 ZÄCH, Kartellrecht, S. 80.

770 Vgl. auch die Hinweise bei WAGNER-VON PAPP, Marktinformativsverfahren, S. 148.

herrschender Unternehmen betrifft⁷⁷¹. Dabei geht es wie im Schweizer oder im europäischen Recht nicht um die Verhinderung von Marktmacht, sondern um das Verbot des Missbrauchs dieser Stellung. POSNER führt hierzu treffend aus: »It would be absurd to require the firm to hold a price umbrella over less efficient entrants«⁷⁷². Der Clayton Act enthält schliesslich vor allem konkrete Regeln zu einzelnen Verhaltensweisen wie der Diskriminierung oder bestimmten Verkaufspraktiken. Aber auch die für die Zusammenschlusskontrolle relevanten Regelungen sind im Clayton Act zu finden⁷⁷³.

Auch das US-amerikanische Recht kennt im Übrigen das Phänomen der kollektiven Marktbeherrschung – von besonderer Relevanz ist es im Bereich von Zusammenschlüssen. Im Unterschied zum europäischen Recht wird allerdings nicht von »collective dominance«, also von der beinahe wörtlichen Übersetzung, gesprochen, sondern von »coordinated interaction« oder »coordinated effects«. In den Merger Guidelines⁷⁷⁴ wird die kollektive Marktbeherrschung folgendermassen umschrieben: »*Coordinated interaction involves conduct by multiple firms that is profitable for each of them only as a result of the accommodating reactions of the others. These reactions can blunt a firm's incentive to offer customers better deals by undercutting the extent to which such a move would win business away from rivals. They also can enhance a firm's incentive to raise prices, by assuaging the fear that such a move would lose customers to rivals*«. Unter »coordinated interaction« fallen gleichförmige Verhaltensweisen verschiedenster Ausprägung (»*a range of conduct*«), somit auch abgestimmte Verhaltensweisen, die bereits von § 1 Sherman Act erfasst werden⁷⁷⁵: Von expliziten Vereinbarungen und impliziten Abstimmungen bis hin zu »*parallel accommodating conduct not pursuant to a prior understanding*«. Unter diesem letzteren Begriff sind Situationen zu verstehen, in denen weder explizit noch implizit Verhaltensweisen abgestimmt werden, aber dennoch ein Marktergebnis erzielt wird, das nicht demjenigen bei Wettbewerbsbedingungen entspricht. Denkbar ist dies dann, wenn die Marktstrukturen Bedingungen schaffen, in denen antizipierendes Verhalten aufgrund rein rationaler Entscheide auftritt, was zum Beispiel bei der Preisführerschaft der Fall ist⁷⁷⁶. Darauf wurde im Rahmen dieser Arbeit bereits

771 ZÄCH, Kartellrecht, S. 83 ff.

772 POSNER, Antitrust Law, S. 196.

773 Vgl. ZÄCH, Kartellrecht, S. 77 und 86, mit entsprechenden Verweisen.

774 HORIZONTAL MERGER GUIDELINES (issued: August 19, 2010), (Section bzw.) Ziff. 7, Coordinated Effects.

775 LINDER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 160.

776 Vgl. die Rede von CARL SHAPIRO, Update from the Antitrust Division, Remarks as Prepared for the American Bar Association Section of Antitrust Law Fall Forum, vom 18. November 2010, S. 26 ff., mit dem doch bemerkenswerten Hinweis, dass die Unterscheidung zwischen »coordinated« und »unilateral effects« insofern bloss begrifflicher Natur sei (»labeling«), als dass in beiden Fällen die Konsumenten aufgrund höherer

hingewiesen. Die Merger Guidelines erklären auch, in welchen Situationen mit »coordinated interactions« zu rechnen ist: »A market typically is more vulnerable to coordinated conduct if each competitive firm's significant competitive initiatives can be promptly and confidently observed by that firm's rival«. Und weiter: »A market typically is more vulnerable to coordinated conduct if a firm's prospective competitive reward from attracting customers away from its rivals will be significantly diminished by likely responses of those rivals«⁷⁷⁷. Die in den Merger Guidelines enthaltenen Kriterien folgen den in dieser Arbeit bereits aufgezeigten spieltheoretischen Grundzügen. Das Schwergewicht wird aber insbesondere auf die Möglichkeit der Entdeckung einer Abweichung und der Bestrafung gelegt. Rechtsprechung des Supreme Courts zu Grundsatzfragen der coordinated interaction ist allerdings kaum vorhanden⁷⁷⁸.

4.3. FTC Act

Von gewisser Relevanz ist neben dem Sherman und dem Clayton Act schliesslich auch der Federal Trade Commission Act.

Section 5 des FTC Act lautet⁷⁷⁹:

»Unfair methods of competition in or affecting commerce, and unfair or deceptive acts or practices in or affecting commerce, are hereby declared unlawful.«

Section 5 FTC Act ermächtigt die Federal Trade Commission, »unfair methods« zu verfolgen. Darunter fallen auch sämtliche Verstösse gegen den Sherman Act. Insofern wird der unbestimmte Rechtsbegriff der »unfair methods« als Generalklausel gesehen, die selbst weitere, nicht unter den Wortlaut des Sherman Act fallende Sachverhalte erfassen kann⁷⁸⁰.

Preise geschädigt würden (die Rede ist abrufbar auf der Homepage des DOJ: <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/264295.pdf> [zuletzt besucht am 10. November 2011]).

777 Zum Ganzen HORIZONTAL MERGER GUIDELINES (issued: August 19, 2010), (Section bzw.) Ziff. 7, Coordinated Effects.

778 LINDER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 160 f., m.w.H. auf die diesbezüglichen Ursachen.

779 15. U.S.C. § 45, lit. a.

780 15. U.S.C. § 45, lit. a; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 148 f.

5. Auswirkungsprinzip

Grenzüberschreitender Handel oder entsprechende Projekte und so auch grenzüberschreitende Zusammenarbeit verlangen, dass nicht nur das jeweils innerstaatliche Recht in die Entscheidungsfindung miteinbezogen wird, sondern auch ausländische bzw. internationale Regelungen. Das Wettbewerbsrecht ist von diesen Entwicklungen besonders betroffen. Nicht nur der Wandel der Wirtschaft, sondern auch die Auflösung ehemals staatlicher Monopole und die Öffnung der Märkte haben innert bemerkenswert kurzer Zeit Bedingungen geschaffen, welche die Anwendung des Wettbewerbsrechts herausfordert. Die neuen Dimensionen haben auch dazu geführt, dass Wettbewerbsbehörden näher zusammenarbeiten⁷⁸¹.

Art. 2 Abs. 2 KG hält fest, dass das Gesetz für Sachverhalte gilt, die sich in der Schweiz auswirken, auch wenn sie im Ausland veranlasst werden. Die an einer Wettbewerbsbeschränkung beteiligten Unternehmen müssen demnach ihren Sitz nicht in der Schweiz haben, damit das schweizerische Kartellrecht zur Anwendung gelangt. Entscheidend muss nach dem Gesagten also nicht unbedingt sein, in welchem Land die Wettbewerbsbeschränkung veranlasst wird, sondern wo sie Wirkungen zeitigt. Insofern wird auch vom Prinzip der Inlandsauswirkung gesprochen⁷⁸². Immerhin wird eine gewisse Spürbarkeit verlangt. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass die WEKO Verhaltensweisen von Unternehmen im Ausland erst kartellrechtlich beurteilen kann, wenn sie ein diesbezügliches relevantes Verhalten, beispielsweise eine Verhaltenskoordination, überhaupt festgestellt hat. Solange keine entsprechende Koordination erstellt werden kann, ist es auch nicht möglich, deren Auswirkung auf die Schweiz zu untersuchen, die aber gerade Bedingung zur Anwendung von Art. 2 Abs. 2 KG ist. Beachtlich ist weiter, dass für privatrechtliche Ansprüche aus Wettbewerbsbehinderungen – bei internationalen Sachverhalten, mithin bei solchen mit qualifiziertem Auslandsbezug – das schweizerische internationale Privatrecht (IPRG) Anwendung finden kann, sofern keine völkerrechtlichen Verträge vorbehalten sind. Art. 137 Abs. 1 IPRG hält das Auswirkungsprinzip insofern fest, als dass das Recht desjenigen Staates angewendet wird, auf dessen Markt Geschädigte unmittelbar betroffen sind, somit dort, wo eine Wettbewerbsbeschränkung ihre Wirkungen entfaltet und dadurch eine Schädigung hervorruft⁷⁸³.

Auch das europäische Recht kennt das Auswirkungsprinzip, was sich wiederum aus dem Schutzobjekt von Art. 101 und 102 AEUV ergibt. Die Wettbe-

781 WHISH, Competition Law, S. 470 f.

782 BSK KG-LEHNE, Art. 2 N 41; das Auswirkungsprinzip ist von Amtes wegen zu beachten, vgl. Art. 2 Abs. 2 KG i.V.m. Art. 12 VwVG.

783 Vgl. zum Ganzen ZÄCH, Kartellrecht, S. 126 ff., mit Hinweisen auf die bisherige Praxis.

werbsregeln verfolgen den Zweck, wirksamen Wettbewerb auf dem Binnenmarkt sicherzustellen. Das Schutzobjekt ist nicht nur dann gefährdet, wenn Wettbewerbsbeschränkungen von Unternehmen aus Drittstaaten auf dem europäischen Binnenmarkt durchgeführt werden, sondern auch dann, wenn sie sich dort auswirken⁷⁸⁴. Zwar hat sich der EuGH nicht ausdrücklich für das Auswirkungsprinzip ausgesprochen, sondern stets bei entsprechend weiter Auslegung eine Durchführung auf dem Binnenmarkt verlangt⁷⁸⁵. Die Kommission wendet demgegenüber aber nach ständiger Praxis das Auswirkungsprinzip an. Ebenso befürwortet die Lehre dessen Anwendung⁷⁸⁶. Wie im Schweizer Recht ist letztlich auch im europäischen eine gewisse Spürbarkeit erforderlich. Die Kommission verlangt in Anlehnung an das US-Recht eine unmittelbare, wesentliche und voraussehbare Auswirkung⁷⁸⁷.

Damit ist auch bereits gesagt, dass das US-Recht ebenfalls das Auswirkungsprinzip bei Vorliegen gewisser Bedingungen kennt. Bereits im Jahre 1945 entschied ein US-Gericht, dass der Sherman Act auf im Ausland getroffene Wettbewerbsabreden anwendbar sei, sofern die Abrede Auswirkungen auf den heimischen Markt habe⁷⁸⁸. Der im Jahre 1982 erlassene Foreign Trade Antitrust Improvement Act präziserte das Auswirkungsprinzip dahingehend, dass der Sherman Act nicht anzuwenden sei, wenn Verhaltensweisen vorliegen würden, die den Handel oder Geschäfte mit fremden Ländern betreffen würden, sofern nicht eine direkte, wesentliche und voraussehbare Auswirkung auf den einheimischen Markt vorliege⁷⁸⁹. Der Supreme Court hat die Anwendbarkeit schliesslich noch weiter eingeschränkt oder präzisiert, sodass US-Kartellrecht nur dann zur Anwendung gelangt, wenn der Kläger in den USA selbst betroffen ist und nicht be-

784 REHBINDER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, IntWbR N 4; ZÄCH, Europäisches Wirtschaftsrecht, S. 441 f.

785 Vgl. dazu WHISH, Competition Law, S. 478 ff. und auch den Hinweis bei BSK KG-LEHNE, Art. 2 N 47; vgl. weiter auch EuGH, Urteil vom 27. September 1988, Rs. 89/85, S. 5242 ff., insb. Rz 16 – Alströhm (lesenswert sind auch die Ausführungen von Generalanwalt DARMON, S. 5214 ff.).

786 REHBINDER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, IntWbR N 7 ff.

787 Das Gericht der Europäischen Union (vormals Gericht erster Instanz, EuG; der AEUV spricht lediglich von »Gericht«, vgl. dessen Art. 256) hat diese Kriterien mittlerweile übernommen und folgt damit ebenfalls dem Auswirkungsprinzip; vgl. BSK KG-LEHNE, Art. 2 N 47; ZÄCH, Europäisches Wirtschaftsrecht, S. 444 f.

788 Vgl. auch die zahlreichen Hinweise auf die Entwicklung des Auswirkungsprinzips in der US-Rechtsprechung in den Ausführungen des Generalanwalts DARMON in EuGH, Urteil vom 27. September 1988, Rs. 89/85, S. 5214 ff. – Alströhm. Vgl. zudem ROGERS/CALKINS/PATTERSON/ANDERSEN, Antitrust Law, S. 1055 ff., und zum »Wendepunkt«-Fall »Alcoa« von 1945 im Allgemeinen vgl. FOX/SULLIVAN, Casebook, S. 114 ff.

789 WHISH, Competition Law, S. 474 f., mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

reits dann, wenn er zwar in den USA angesiedelt ist, die negativen Auswirkungen sich aber nur im Ausland auswirken⁷⁹⁰.

Die rechtliche Problematik hinter dem Auswirkungsprinzip liegt bei völkerrechtlichen Aspekten. Das Auswirkungsprinzip steht in einem Spannungsfeld zum Territorialitätsprinzip, das Ausdruck der staatlichen Souveränität ist. Wird der Wirkungskreis eines Gesetzes zu weit gezogen, besteht die Möglichkeit einer Verletzung der Souveränität eines anderen Staates⁷⁹¹. Immerhin könnte mit geeigneten völkerrechtlichen Verträgen ein Konflikt zwischen zwei Rechtsordnungen grundsätzlich vermieden oder zumindest die Gefahr eines solchen verringert werden⁷⁹². Von einer Lösung des Problems auf internationaler Ebene kann aber noch nicht gesprochen werden⁷⁹³. Dies betrifft bereits rein praktische Fragen wie die Möglichkeit der Durchführung von Untersuchungshandlungen ausserhalb der Schweiz oder die Befragung von ausländischen Unternehmen innert nützlicher Frist. Diese Ausführungen zeigen aber, dass die rechtlichen Konsequenzen des eigenen Handelns gerade im Wettbewerbsrecht in einen internationalen Kontext zu setzen sind, sofern ein Unternehmen nicht ausschliesslich auf einem ganz bestimmten nationalen Markt tätig ist. Bei der Marktabgrenzung ist jedoch gerade angesichts der vermehrt anzutreffenden Online-Plattformen bzw. des Internet-handels Vorsicht geboten.

6. Abschliessende Bemerkungen

Soeben wurden die rechtlichen Rahmenbedingungen in der Schweiz, auf europäischer Ebene und in den USA aufgezeigt. Nicht überall erfolgte die Behandlung mit gleichem Detaillierungsgrad. Diese Arbeit soll aber auch nicht ein generelles wettbewerbsrechtliches Lehrbuch darstellen. Vielmehr verfolgen die Ausführungen zu den Rahmenbedingungen den Zweck, die nachfolgende Einordnung des Informationsaustauschs in den rechtlichen Rahmen zu erleichtern und verständlicher zu machen.

790 Zum Ganzen vgl. BSK KG-LEHNE, Art. 2 N 46, insb. für die Hinweise auf die Rechtsprechung, wobei es dort namentlich um die Frage ging, inwiefern vor US-Gerichten Schadenersatz aus Wettbewerbsbeschränkungen verlangt werden könne; vgl. dazu auch WHISH, Competition Law, S. 475; ROGERS/CALKINS/PATTERSON/ANDERSEN, Antitrust Law, S. 1055 ff., mit dem Hinweis auf den Foreign Trade Antitrust Improvement Act (FTAIA).

791 WHISH, Competition Law, S. 471 ff.

792 ZÄCH, Kartellrecht, S. 128 ff., mit entsprechenden Hinweisen.

793 Vgl. auch die Überlegungen bei BSK KG-LEHNE, Art. 2 N 44, der auf allfällig zu schaffende (neue) völkerrechtliche Prinzipien und die entsprechenden Lehrmeinungen verweist.

§ 14 *Der Informationsaustausch im rechtlichen Kontext*

1. Vorbemerkungen

1.1. Von der Ambivalenz der Information – oder: Die Bretzel-Strategie

In einem Kommentar in der Online-Ausgabe des Magazins »Forbes« umschreiben Jeffrey I. Shinder und Evan P. Schultz ein ebenso witziges wie bekanntes Problem anhand eines Beispiels:

»[...] One dead body. Two suspects. And lots of circumstantial evidence pointing to both. As the cops attempt to jail the perp, though, they confront the vexing ›they went thataway‹ problem. In other words, as the cops decide which bad guy to chase, they look left at one making tracks, look right at the other, then twist themselves into a pretzel and do nothing.«⁷⁹⁴

Die beiden Autoren bringen dieses Beispiel zwar, wie dem Titel des Kommentars entnommen werden kann, in einem anderen Kontext vor. Doch kann es auch im Zusammenhang mit Fragen zur Wirkung der Information illustrativ erwähnt werden. Während auf der einen Seite zwei Verdächtige nicht verfolgt werden, weil sich die Polizei nicht für den einzuschlagenden Weg entscheiden kann, besteht auch bei kartellrechtlichen Fragen rund um die Information die Gefahr, dass aufgrund der Ambivalenz der Information und der daraus fließenden Unsicherheit über Zweck und Wirkung des Informationsaustauschs von einer weiteren wettbewerbsrechtlichen Verfolgung abgesehen wird. Damit soll, um mit den Worten einer bekannten Schweizer Sportlerin zu sprechen, nicht der Methode »Gringabe u seckle«⁷⁹⁵ der Vorzug vor der »Vogel-Strauss-Taktik« gegeben werden. Weder Hüftschüsse noch ein Abwarten sind der Rechtssicherheit und damit den Wirtschaftsteilnehmern dienlich.

Das Wort Ambivalenz, zusammengesetzt aus den lateinischen Wörtern »ambi« bzw. »ambo« für »um herum« bzw. »beide« und »valere« für »Wert haben« oder »gelten«, weist zunächst zwar auf die Zwiespältigkeit hin. Daneben steht die Ambivalenz aber auch für Doppelwertigkeit: Information und deren Austausch kann sowohl gut als auch schlecht sein⁷⁹⁶. Um den »guten« Wert bewahren und die Märkte (und somit die Konsumenten) vor dem »schlechten« schützen zu können, ist es notwendig, sich mit der Information sowohl unter rechtlichen als auch unter ökonomischen Gesichtspunkten auseinanderzusetzen. Gelingt es, auf einer theoretischen Ebene Gutes von Schlechtem zu unterschei-

794 Der Kommentar wurde am 7. Januar 2010 unter dem Titel »The Google-Apple Antitrust Dilemma« publiziert (<http://www.forbes.com/2010/07/01/antitrust-apple-google-legal-opinions-contributors-shinder-schultz.html> [zuletzt besucht am 1. Oktober 2011]).

795 »Kopf runter und rennen«.

796 BROCKHAUS, Ambivalenz, S. 489.

den, ist ein erster wichtiger Schritt getan. Das Ziel muss es schliesslich sein, dass auch in der Praxis diese Abgrenzung vorgenommen werden kann – ohne gleichzeitig der Illusion zu verfallen, kartellrechtliche Beurteilungen könnten von Graubereichen befreit werden. Die Gerichte in der Europäischen Union und in den USA haben sich dieser Herausforderung bereits vereinzelt gestellt. Ebenso haben sich die Behörden – auch in der Schweiz – mit dem Informationsaustausch und seiner rechtlichen Einordnung beschäftigt. Teilweise wurde gar versucht, für einzelne Bereiche eine allgemeine Handhabung des Informationsaustauschs festzulegen. Darauf ist nachfolgend einzugehen.

1.2. Überblick

Die Praxis in Europa ist beachtlich – zumindest im Vergleich zu derjenigen in der Schweiz. Vor allem aber ist die Diskussion über den Umgang mit der Information im Wettbewerb bislang mehrheitlich ökonomisch dominiert. Dennoch sind mittlerweile mehrere Entscheide beispielsweise des EuGH ergangen, die sich mit dem Informationsaustausch befassen. Und auf diese Entscheide kommt es letztlich an, ist der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern doch in keiner behandelten Rechtsordnung ausdrücklich geregelt.

Interessant ist schliesslich, dass eine Google-Suche nach dem Begriff »Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern« weltweit rund 46'900 Treffer liefert, während diese Zahl bei einer Beschränkung der Suche auf die Schweiz auf 1'600 reduziert wird⁷⁹⁷. Aufgrund der Verwendung des deutschen Begriffs betrifft diese Suche selbstredend den deutschsprachigen Raum. In Deutschland ist der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern denn auch schon länger ein Thema, was nicht nur an der reichhaltigeren Rechtsprechung liegt.

2. Der Informationsaustausch im Schweizer Recht

2.1. Ausgangslage

Wie bereits erwähnt, besteht in der Schweiz eine nur wenig entwickelte Praxis zum Informationsaustausch. Immerhin war er vereinzelt Thema von Untersuchungen oder Veröffentlichungen, die sich zur Hauptsache aber mit anderen Problemen auseinandersetzten. Noch fristet die Problematik in der Schweiz eher ein Schattendasein, doch eröffnete die WEKO in neuerer Zeit ein Verfahren ge-

⁷⁹⁷ <http://www.google.ch> (zuletzt besucht und gesucht am 1. Oktober 2011).

gen den Verband der Hersteller, Importeure und Lieferanten von Kosmetik- und Parfümerieprodukten (ASCOPA) und seine Mitglieder. In der Medienmitteilung vom 2. Dezember 2008 zur Verfahrenseröffnung erklärte die WEKO, dass beim Sekretariat eine Anzeige eingegangen sei, die darauf hinweise, dass im Rahmen und unter Mitwirkung von ASCOPA regelmässig sensible Geschäftsinformationen ausgetauscht worden seien, die sich auf die Preisgestaltung der Mitglieder beziehen würden. Ausdrücklich hielt die WEKO sodann fest, dass abgeklärt werde, inwiefern sich der Informationsaustausch auf das Wettbewerbsverhalten der Mitglieder ausgewirkt habe und eine unzulässige Wettbewerbsabrede darstelle⁷⁹⁸. Gleiches gilt für eine Untersuchung im Bereich der Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen. Mit einer Medienmitteilung vom 17. Dezember 2008 erklärte die WEKO, dass auch in diesem Bereich aufgrund einer Selbstanzeige Anhaltspunkte vorliegen würden, dass die beteiligten Unternehmen Informationen bezüglich Preise, beabsichtigte Preiserhöhungen, Rabatte und Umsätze ausgetauscht hätten. Im Rahmen der Untersuchung solle geprüft werden, ob sich der Informationsaustausch auf die Preispolitik der Unternehmen ausgewirkt habe und eine sanktionsbedrohte, unzulässige Wettbewerbsabrede darstelle. Dieses Verfahren wurde in der Folge mit einer einvernehmlichen Regelung abgeschlossen und die dazu gehörende Verfügung bot der WEKO die Gelegenheit, sich ausführlich mit dem Informationsaustausch als solchem zu befassen. Noch jüngeren Datums ist die Untersuchung der WEKO betreffend Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren, die mit Verfügung vom 18. Oktober 2010 erledigt werden konnte. Untersuchungsgegenstand waren Preiserhöhungen von Fenster- und Fenstertürbeschlägen in der Zeitspanne 2004 bis 2007. Auch dieses Verfahren wurde durch eine Selbstanzeige eröffnet.

Bevor nun auf die konkreten Fälle eingegangen wird, kann im Sinne einer Übersicht das Folgende festgehalten werden: Die WEKO wurde in sämtlichen genannten Fällen auf Anzeige bzw. Selbstanzeige hin tätig. Zentral war jeweils, dass Informationen ausgetauscht worden sein sollen, die eine Auswirkung auf die *Preispolitik* haben könnten, unabhängig davon, ob sie nun »sensible Geschäftsdaten« oder Preis-, Rabatt- oder Umsatzinformationen genannt werden. Schliesslich konzentrierte sich die WEKO auf mögliche Wettbewerbsabreden, mithin auf Art. 5 KG. Bereits aufgrund dieser Medienmitteilungen liesse sich damit festhalten, dass der Austausch von Informationen insbesondere dann relevant wird, wenn er im Sinne einer Abrede Einfluss auf die Preispolitik der am Austausch beteiligten Unternehmen hat. Wie es sich tatsächlich damit verhält,

798 Im Zeitpunkt der Drucklegung hat die WEKO zwar einen Entscheid gefällt (Verfügung vom 31. Oktober 2011, abrufbar unter www.weko.admin.ch [zuletzt besucht am 25. Januar 2012]), doch ist er noch nicht rechtskräftig. Der Entscheid des Bundesverwaltungsgerichts steht noch aus.

wird nun zu prüfen sein. Angesichts der Tatsache, dass im Bereich des Informationsaustauschs der jeweilige Sachverhalt von grosser Bedeutung ist, werden die neusten WEKO-Entscheide ausführlich aufgezeigt.

2.2. Praxis im Bereich der Versicherungen

Es wurde bereits erwähnt, dass der Informationsaustausch grundsätzlich keine positiv-rechtliche Regelung kennt. Davon gibt es insofern eine Ausnahme, als dass die WEKO immerhin zu ihrer Praxis im Versicherungsbereich Stellung genommen hat. Zwar hat sie sich entgegen dem Antrag des Schweizerischen Versicherungsverbandes gegen den Erlass einer Bekanntmachung für die Versicherungsbranche (sog. sektorielle Bekanntmachung) entschieden⁷⁹⁹. Immerhin aber hat sie einige Erwägungen publiziert⁸⁰⁰. Darin widmete sie sich in einem eigenen Abschnitt dem Informationsaustausch. Ausgangspunkt war die Feststellung, dass der Versicherungssektor für ein einwandfreies Funktionieren der Versicherungswirtschaft in vielen Bereichen bis zu einem gewissen Masse auf eine Zusammenarbeit zwischen den Versicherungsunternehmen angewiesen sei⁸⁰¹. Der Grund dafür sei, dass diese Märkte oftmals von asymmetrischen Informationen geprägt seien. Der Informationsaustausch könne die damit verbundenen Probleme, wie beispielsweise die negative Auslese oder das moralische Risiko, zumindest teilweise beseitigen oder deren Wirkung mindern⁸⁰².

Von besonderer Bedeutung ist die folgende Bemerkung der WEKO: »Die Wettbewerbsrelevanz eines Informationsaustauschs hängt von Art und Inhalt der betroffenen Informationen ab«. Denn einerseits könnten Informationen dazu führen, dass Anreize zur Wettbewerbsverbesserung entstünden. Andererseits aber werde die Transparenz erhöht und somit die Möglichkeit der gegenseitigen Ab-

799 Die Kompetenz der WEKO zum Erlass von allgemeinen Bekanntmachungen ist in Art. 6 KG geregelt. Die in dieser Norm festgehaltene Aufzählung der einer Rechtfertigung zugänglichen Abredetypen orientiert sich am Katalog der von der Europäischen Kommission erlassenen Gruppenfreistellungsverordnungen. Die Rechtsnatur der Bekanntmachung ist im schweizerischen Recht nicht definiert. Sie hat jedoch keine Bindungswirkung (weder für Gerichte noch Unternehmen). Allerdings dürften die gerichtlichen Instanzen kaum ohne besondere Veranlassung von der durch die WEKO vertretenen Auffassung abweichen; vgl. BSK KG-NEFF, Art. 6 N 1 ff., der daher anschaulich von *quasi-normativer Wirkung* spricht. Bekanntmachungen unterscheiden sich somit von den (Gruppenfreistellungs-)Verordnungen hinsichtlich ihrer Bindungswirkung (allerdings kennt auch das EU-Recht nicht bindende Bekanntmachungen und Stellungnahmen, vgl. RITTER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 83 N 6 ff.).

800 RPW 2007/1, S. 14 ff. und insb. S. 137 ff.

801 RPW 2007/1, S. 14.

802 RPW 2007/1, S. 144; Ausgangspunkt dieser Feststellungen waren bestimmte, durch die WEKO zu beurteilende Benchmarking-Praktiken.

stimmung im Sinne unzulässiger Verhaltensweisen geschaffen⁸⁰³. In der Folge erstellte die WEKO eine nicht abschliessende bzw. unvollständige Liste zur Beurteilung der wettbewerbsrechtlichen Zulässigkeit eines Informationsaustauschs⁸⁰⁴.

Gemäss der Auffassung der WEKO ist somit zunächst der Inhalt der ausgetauschten Information von Bedeutung. Vertrauliche, firmenspezifische Informationen (Verkaufspreise, Mengen, Geschäftsstrategien, usw.) seien als äusserst problematisch zu betrachten. Durch die weitere Formulierung, dass bei weniger sensiblen Informationen (Marktanteile, Lagerbestände, Kapazitätsauslastung, usw.) eine fallspezifische Beurteilung zu erfolgen habe, scheint die WEKO anzudeuten, dass bei sensiblen Informationen eine prima-facie-Beurteilung der Unzulässigkeit genügt. Weiter ist das Aggregationsniveau zu prüfen, wobei in diesem Kontext unter Aggregation eine Zusammenfassung detaillierter Daten zu grösseren Einheiten zu verstehen ist. Mit anderen Worten geht es bei diesem Prüfpunkt um die Möglichkeit der Unternehmen, von detaillierten Informationen auf das Verhalten der Konkurrenten zu schliessen, dieses zu antizipieren und das eigene Verhalten in der Folge anzupassen. Aggregierte Daten sind nach der WEKO weniger problematisch als detaillierte, weil mit zunehmender Aggregation Rückschlüsse auf einzelne Konkurrenten bzw. deren Verhalten schwieriger werden. Alsdann muss nach der Aktualität der Information gefragt werden. Historische Daten bereiten nach der Auffassung der WEKO kaum kartellrechtliche Probleme. Anders sieht es bei aktuellen Daten und Prognosen aus. Der Grund ist wohl darin zu sehen, dass Rückschlüsse auf das Verhaltensmuster eines Konkurrenten in der Vergangenheit noch keine Sicherheit hinsichtlich des zukünftigen Verhaltens bieten. Als Nächstes muss die Frequenz des Informationsaustauschs geprüft werden. Geschäftsstrategien können umso häufiger oder besser angepasst bzw. angeglichen werden, je öfter Daten ausgetauscht werden. Eine hohe Austauschfrequenz ist somit als problematisch anzusehen. Von Bedeutung ist weiter auch die Homogenität der Produkte bzw. Dienstleistungen. Homogene Produkte bzw. Dienstleistungen führen dazu, dass die Koordination von Wettbewerbsparametern (bspw. Preis) einfacher ist. Ein Informationsaustausch auf einem solchen Markt ist damit problematischer als auf heterogenen Märkten. Zuletzt ist die Marktkonzentration zu beachten. Verhaltensabstimmungen sind umso wahrscheinlicher, je konzentrierter der Markt ist. Werden bestimmte Informationen auf einem konzentrierten Markt ausgetauscht, kann dies dazu dienen, explizite oder implizite Abreden zu überwachen bzw. deren Überwachung zu erleichtern⁸⁰⁵.

803 RPW 2007/1, S. 144.

804 RPW 2007/1, S. 144 Rz 37.

805 Zum Ganzen vgl. RPW 2007/1, S. 144 Rz 37.

Den Schlussfolgerungen der WEKO kann schliesslich entnommen werden, dass aufgrund der relativ geringen Anzahl konkret vorgelegter Fälle keine Notwendigkeit für eine generell-abstrakte Regelung im Versicherungsbereich erkannt wurde. Gleichzeitig stellt sie auch fest, dass es schwierig wäre, Art und Umfang eines zulässigen effizienten Informationsaustauschs in einer generell-abstrakten Norm zu definieren. Anhand der genannten Kriterien sei es aber möglich, im Einzelfall eine Abschätzung vorzunehmen. Ob diese Schlussfolgerung angesichts der internationalen Entwicklungen und der durch die WEKO gefällten Entscheide noch aktuell sein dürfte, ist fraglich.

2.3. Rechtsprechung in der Schweiz

2.3.1. Baumeister, Gebäudeversicherungen, Schlachtschweine und Elektroinstallationsbetriebe

Bereits im Jahre 2003 hatte sich die WEKO mit dem Informationsaustausch im Sinne eines »Nebenschauplatzes« zu beschäftigen. Zur Diskussion stand das Wettbewerbsreglement des Schweizerischen **Baumeisterverbandes** (SBV). In ihrem Schlussbericht hielt die WEKO fest, dass das beanstandete Wettbewerbsreglement ein Meldesystem umfasse, mit dem die Bildung von konkreten Preisabsprachen (z.B. Submissionskartelle) ermöglicht werde. Damit verbunden enthalte es Sanktionen zur Durchsetzung einer Meldepflicht bei den SBV-Mitgliedern. Ferner sehe es Rückmeldungen an die SBV-Mitglieder vor. Es bestünden daher Anhaltspunkte, dass das Wettbewerbsreglement den Tatbestand von Artikel 4 Absatz 1 KG erfülle⁸⁰⁶. Es sei »[...] nicht von der Hand zu weisen, dass i) die (mit Sanktionen durchsetzbare) Pflicht der SBV-Mitglieder, ihre Teilnahme den Meldestellen mitzuteilen, ii) die Pflicht der Meldestellen, die teilnehmenden Wettbewerber den meldenden Firmen mitzuteilen und iii) die Möglichkeit von Vorversammlungen Anreize für das Eingehen von Abreden (Submissionskartelle) im Sinne von Artikel 5 Absatz 3 KG« setzten⁸⁰⁷.

Der Austausch von Informationen über Meldestellen und deren Mitteilung an die einzelnen Wettbewerber wurde also insofern als wettbewerbsrechtlich bedenklich betrachtet, als dadurch die Möglichkeit zu Preisabreden geschaffen wird. Im gleichen Jahr hielt die WEKO aufgrund einer Untersuchung bei den **Gebäudeversicherern** fest, dass eine Vereinbarung oder eine abgestimmte Verhaltensweise einen Austausch gewisser marktrelevanter Daten und Informationen oder zumindest eine hohe Markttransparenz voraussetze. Ein Informa-

⁸⁰⁶ RPW 2003/4, S. 727.

⁸⁰⁷ RPW 2003/4, S. 728; vgl. auch RPW 2001/3, S. 521.

tionsaustausch könne daher ein Indiz für das Vorliegen einer Wettbewerbsabrede sein⁸⁰⁸. Im konkreten Fall verneinte die WEKO allerdings das Vorliegen einer Abrede. Es bestünden »[...] keine Anhaltspunkte, dass die Gemeinschaftsstatistik zum Austausch firmenspezifischer Daten oder zur Benachteiligung einzelner Versicherungsgesellschaften [diene]. Die Statistik [sei] so ausgestaltet, dass sämtliche Versicherungsgesellschaften von einer verbesserten Datenbasis profitieren [könnten], ohne Zugang zu Daten der Konkurrenten zu erhalten«⁸⁰⁹.

Schliesslich äusserte sich die WEKO auch im bereits erwähnten **Schlachtschweinefall** zumindest nebenbei zum Informationsaustausch. Neben der Frage der (kollektiven) Marktbeherrschung untersuchte die WEKO das Vorliegen einer abgestimmten Verhaltensweise. Sie hielt Folgendes fest: »Eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG liegt vor, wenn mehrere Unternehmen ihr Marktverhalten bewusst und gewollt dem aufgrund bestimmter Kommunikationselemente antizipierbaren Marktverhalten der anderen anpassen, so dass – selbst ohne Vorliegen einer entsprechenden Vereinbarung – die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des Wettbewerbs tritt.« Und nach der Abgrenzung zum erlaubten Parallelverhalten folgte die WEKO schliesslich: »Hingegen können von den Unternehmen getroffene Massnahmen zur Erhöhung der Transparenz dazu führen, dass die Unternehmen ihr Verhalten aufgrund dieser Kommunikationselemente implizit aufeinander abstimmen können, weshalb ein transparenzförderndes Verhalten den Tatbestand einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG erfüllen kann.«⁸¹⁰ Präzisierend wurde ausgeführt, dass »aufgrund des durch das Vorliegen bestimmter Kommunikationselemente (Schweinebörsen, Telefonkonferenzen, Publikation der Schlachtschweinepreise) antizipierbaren Marktverhaltens der anderen Schweinelieferanten durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt und eventuell bewirkt« werde. Im Ergebnis stellte die WEKO deshalb fest, dass die wöchentlich praktizierten Verhaltensweisen (Schweinebörsen, Telefonkonferenzen, Publikation der Schlachtschweinepreise) in ihrer Gesamtheit abgestimmte Verhaltensweisen und damit ebenfalls Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG seien⁸¹¹. In der Folge ging die WEKO von einer Preisabsprache aus und prüfte die Widerlegung der Vermutung gemäss Art. 5 Abs. 3 KG. Da, wie bereits gezeigt, die Vermutung umgestossen werden konnte und die Erheblichkeit im Sinne von Art. 5 Abs. 1 KG verneint wurde, stellte die WEKO die Untersuchung ein⁸¹². Bereits vorher hat die WEKO

808 RPW 2003/4, S. 750 f.

809 RPW 2003/4, S. 751.

810 RPW 2004/3, S. 736, insb. Rz 34.

811 RPW 2004/3, S. 739 Rz 41.

812 Vgl. zum Ergebnis RPW 2004/3, S. 752.

eine Gesamtbetrachtung der Wettbewerbsbedingungen und des -geschehens auf dem relevanten Markt anhand der praxisgemäss zu verwendenden Kriterien durchgeführt. Auch eine kollektiv marktbeherrschende Stellung konnte, wie gezeigt, nicht nachgewiesen werden⁸¹³. Ähnlich war die Situation schliesslich auch beim Entscheid in Sachen **Elektroinstallationsbetriebe**. Verschiedene Unternehmen gleicher Marktstufe haben sich anlässlich von Treffen über Jahre hinsichtlich von Projekten, Kalkulationshilfen und insbesondere auch Preisen und Kunden bei Submissionen ausgetauscht. Die WEKO hielt dazu fest: »Auch ohne explizite schriftliche Regelung ihres gegenseitigen Verhältnisses gingen die [Parteien] von einer weitgehenden Berücksichtigung ihrer Interessen und der Einhaltung der projektbezogenen Vereinbarungen aus. Die Unternehmen wussten und mussten zufolge Kommunikation ihrer Interessen anlässlich der [Treffen] wissen und wollen, dass dies eine Koordinierung in Sachen Eingabepreis respektive einen Verzicht auf Konkurrenzangebote zur Folge hatte«. Ein solches Verhalten bekunde ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken⁸¹⁴.

Aus diesen Entscheiden⁸¹⁵ können bereits verschiedene Schlüsse gezogen werden: Zum einen wird ersichtlich, dass die Mitteilung von (Preis-)Informationen an einen zentralen Ort (Meldesystem) sowie deren Weitergabe an die am System teilnehmenden Mitglieder (Wettbewerber) Anreize für das Eingehen einer Wettbewerbsabrede schaffen können. Eine solche Wettbewerbsabrede bzw. abgestimmte Verhaltensweise setzt entweder eine hohe Markttransparenz oder einen Austausch gewisser marktrelevanter Daten und Informationen voraus. Insofern stellen Kommunikationselemente mindestens ein Indiz für das Vorliegen einer Abrede dar. Unter gewissen Umständen können aber diese Kommunikationselemente auch in ihrer Gesamtheit bereits eine abgestimmte Verhaltensweise darstellen, wenn dadurch das Marktverhalten der Konkurrenten antizipierbar und der Wettbewerb durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken ersetzt wird. Kurz: Transparenzförderndes Verhalten kann unter Umständen den Tatbestand von Art. 4 Abs. 1 KG erfüllen. Immerhin ist aber auch festzuhalten, dass die Problematik damit entschärft werden kann, indem keine firmenspezifischen Daten ausgetauscht werden oder, bei Meldesystemen, der Zugriff auf ebensolche Daten von Konkurrenten nicht ermöglicht wird.

813 RPW 2004/3, S. 721.

814 RPW 2009/3, S. 204 Rz 51 ff.

815 Die Aufzählung ist nicht im Sinne einer abschliessenden Liste aller Entscheide zur Frage des Informationsaustauschs zu verstehen.

2.3.2. Sunrise/Orange

Bei der Überprüfung des Zusammenschlussvorhabens von France Télécom SA (Orange) und Sunrise Communications SA hatte die WEKO wiederum die Möglichkeit, sich nebenbei zum Informationsaustausch zu äussern. Fraglich war, ob kollusives Verhalten (und damit letztlich eine kollektiv marktbeherrschende Stellung) Kommunikation unter den betroffenen Unternehmen erfordere. Mit Verweis auf die ökonomische Literatur hielt die WEKO fest, dass sich Unternehmen auch ohne den Austausch von Informationen über Preis und Menge kollusiv verhalten könnten, beispielsweise durch die Schaffung und/oder Aufrechterhaltung von Rahmenbedingungen, die Kollusion vereinfachten⁸¹⁶.

Diese Ausführungen geben zwar nicht viel her. Immerhin aber kann – wie beim Schlachtschweine-Fall – festgehalten werden, dass der Informationsaustausch Untersuchungsgegenstand nicht nur im Rahmen der Wettbewerbsabreden, sondern auch der kollektiven Marktbeherrschung war. Der Fokus darf daher nicht nur auf Art. 5 KG gelegt werden.

2.3.3. Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen

a) Allgemeine Vorbemerkungen; Gegenstand des Verfahrens

Unlängst hatte die WEKO nun aber, wie bereits erwähnt, die Möglichkeit, sich »ausschliesslich« mit dem Informationsaustausch als solchem zu befassen. Mit Verfügung vom 10. Mai 2010 und einer einvernehmlichen Regelung wurde das Verfahren betreffend Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen abgeschlossen⁸¹⁷. Gegenstand der Untersuchung war der Austausch sensibler Geschäftsinformationen bezüglich prozentualer Höhe und Zeitpunkt von Preiserhöhungen, Preislisten und Umsatzangaben bestimmter Produktgruppen. Ziel war es festzustellen, ob die mit dem Informationsaustausch zusammenhängenden Verhaltensweisen unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne von Art. 5 Abs. 3 KG darstellten. Gleichzeitig war auch das Auswirkungsprinzip Gegenstand der Untersuchung, und zwar so weit sich die Verhaltensweisen nicht in der Schweiz abgespielt hatten.

816 VERFÜGUNG SUNRISE/ORANGE, S. 52 Rz 229 (=RPW 2010/3, S. 499 ff, insb. Rz 229).

817 Verfügung vom 10. Mai 2010 in der Untersuchung 22-0378 betreffend Komponenten für Heiz-, Kühl- und Sanitäranlagen [zit. VERFÜGUNG KOMPONENTEN], abrufbar in der Rubrik »Letzte Entscheide« unter <http://www.weko.admin.ch/aktuell> (zuletzt besucht am 1. Oktober 2011). Vgl. auch den Hinweis in RPW 2011/1, S. 2 und 9 f.

b) Formelle Vorbemerkungen

In formeller Hinsicht sind zwei Punkte beachtlich: Zum einen wurde das Verfahren infolge einer Selbstanzeige eröffnet. Zum anderen haben die letztlich drei durch die Untersuchung der WEKO betroffenen Parteien ihren Sitz ausnahmslos in der Schweiz. An der »Abrede« beteiligt waren jedoch auch Unternehmen mit Sitz in der Europäischen Union. Aus diesem Grund eröffnete gleichentags auch das *Directorate General for Competition* (DG Comp) der europäischen Kommission ein Verfahren. In beiden Fällen wurden sogleich Hausdurchsuchungen durchgeführt, Beweise gesichert und in der Folge die Parteien mündlich und schriftlich (mit Fragebögen) befragt. Nach mündlichen Verhandlungen konnten einvernehmliche Regelungen erzielt werden, gegenüber einer Partei wurde das Verfahren eingestellt. Die Einstellung erfolgte, obwohl das betreffende Unternehmen Informationen mit den Konkurrenten ausgetauscht hatte. Allerdings kam diesem Wettbewerber aufgrund seiner Stellung im Markt lediglich die Funktion eines Informationsübermittlers zu, der keine vollkommen eigenständige Preispolitik verfolgen konnte⁸¹⁸. Von der Eröffnung der Untersuchung am 16. Dezember 2008 (Publikation im Schweizerischen Handelsamtsblatt vom 29. Dezember 2008) bis zur Erledigung des Verfahrens vergingen somit rund anderthalb Jahre. Interessant ist weiter auch, dass eine Partei (die sich nicht selber angezeigt hatte) zwar der einvernehmlichen Regelung zustimmte, damit aber ausdrücklich nicht den dargestellten Sachverhalt und dessen rechtliche Würdigung anerkennen wollte⁸¹⁹. Weiter ist erwähnenswert, dass die WEKO auf die Eröffnung eines Verfahrens gegen eine ausländische Unternehmung trotz Auswirkungen auf den Schweizer Markt (Art. 2 KG) verzichtete. Die Gründe dafür waren neben der Tatsache, dass gegen das fragliche Unternehmen in der EU bereits ein Verfahren eröffnet wurde, vor allem praktischer Natur. Die WEKO wog das Interesse an einer raschen Verfahrenserledigung mit dem Auswirkungsprinzip ab und bezog die Schwierigkeiten der praktischen Durchsetzung des Verfahrens sowie der Vollstreckung eines allfälligen Entscheids im Ausland in die Überlegungen mit ein. Offenbar lassen sich auch Opportunitätsgründe berücksichtigen⁸²⁰.

Schliesslich sei unter diesem Titel in Kürze auch auf das Beweismass eingegangen. Nach der Praxis der WEKO ist der Beweis erbracht, wenn das Sekretariat gestützt auf die Beweismittel zur Überzeugung gelangt, dass sich der rechts-erhebliche Sachverhalt verwirklicht hat, wobei im Kartellverwaltungsverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt (Art. 39 KG i.V.m. Art. 19

818 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 37 f. bzw. Rz 191 ff.

819 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 5 f.

820 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 31 Rz 155 ff.

VwVG und Art. 40 BZP)⁸²¹. Dabei dürfe »an das Beweismass angesichts der Komplexität der kartellrechtlichen Sachverhalte keine übertriebenen Ansprüche gestellt werden. Andernfalls [werde] der materiellrechtliche Gehalt des Kartellgesetzes in funktionswidriger Weise geschwächt«: Gerade bei abgestimmten Verhaltensweisen sei der Indizienbeweis in der Lehre anerkannt⁸²². Die Problematik, welche die WEKO anspricht und die auch im Rahmen dieser Arbeit bereits angetönt wurde, besteht darin, dass die Koordination bei abgestimmten Verhaltensweisen definitionsgemäss nur dadurch erfolgt, dass ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs tritt. Sowohl das Bewusstsein als auch der Wille stellen innere Tatsachen dar, mithin im Grunde einen Denkvorgang oder ein Denkergebnis, auf das nur mit Indizien geschlossen werden kann.

c) Zum Sachverhalt: Die verhängnisvolle Partie Golf

Dem Sachverhalt kommt bei abgestimmten Verhaltensweisen eine erheblich grössere Bedeutung zu als beispielsweise bei expliziten Vereinbarungen. Während bei Letzteren ein strikter Beweis in der Regel möglich ist (zumindest bei schriftlich abgefassten Verträgen), besteht das verpönte Verhalten bei Ersteren nicht im Vertragsabschluss, mithin in einer oftmals singulären Tätigkeit, sondern im äusseren Erscheinungsbild einer Abfolge von Entscheidungen. Im vorliegenden Fall bestanden mehrere Sachverhaltsabschnitte, die (teilweise) einzeln beurteilt wurden bzw. werden konnten. Dies hatte zur Folge, dass ein »subsumptionsfähiger« Sachverhalt in einigen Fällen erstellt, in anderen jedoch nicht erstellt werden konnte.

Beschlagnahmungen und die Befragungen der Parteien hinsichtlich des objektiven Sachverhalts ergaben, dass auf verschiedene Arten während mehrerer Monate bzw. gar Jahre zwischen den Wettbewerbern Informationen ausgetauscht worden waren: Anlässlich eines Golfspiels im Mai 2006 besprachen zwei Mitarbeiter von Konkurrenzunternehmen eine künftige Preiserhöhung des einen Unternehmens. Als Information ausgetauscht wurde nicht nur die konkrete Erhöhung in Prozent, sondern auch das Datum der Umsetzung. Die gesicherten Beweismittel bestanden in einem Kalendereintrag, der die Partie Golf belegte, sowie in einer unternehmensinternen E-Mail, die den Inhalt des Gesprächs an die Geschäftsleitung weitergab. Diese Beweismittel und die Aussagen der Beteiligten genügten, um den Informationsaustausch als solchen zu belegen. Festgestellt

821 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 10 Rz 35.

822 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 10 Rz 35.

wurde auch, dass beide Konkurrenten ihre Preise letztlich *etwa* im angegebenen Umfang erhöhten⁸²³.

Sodann konnte ein Telefongespräch im Oktober 2006 erstellt werden, mit dem Umsatzangaben und allfällige geplante oder nicht geplante Preiserhöhungen ausgetauscht wurden. Die Beweismittel, die zur Erstellung dieses Sachverhalts dienten, bestanden in einem Kurzprotokoll des Telefonats und in einem Geschäftsleitungsprotokoll sowie in den Aussagen der Beteiligten. Aufgrund der Informationen war es den Unternehmen möglich die Frage zu beantworten, ob sie – angesichts des Verhaltens der Konkurrenz – eine Preiserhöhung ins Auge fassen sollten. Die ausgetauschten Informationen fanden sich denn auch in einem am Folgetag erstellten und bereits erwähnten Geschäftsleitungsprotokoll. Festgestellt wurde zudem, dass die Preise in einem Fall angepasst wurden, die Wettbewerber für das kommende Jahr jedoch keine Notwendigkeit dazu gesehen hatten⁸²⁴.

Sodann war es möglich, anhand von E-Mails den Austausch von Preislisten im Jahre 2006 sowie Anfang 2007 zu erstellen. Weiter konnte mit den Berichten des Aussendienstes, Aussagen und E-Mails belegt werden, dass über Monate Informationen über das Sortiment, die Anzahl Mitarbeiter, die Produktentwicklung, die Umsätze diverser Geschäftsbereiche und das Preisgefüge wie auch Rabatte ausgetauscht wurden. Dieser Austausch erfolgte über (auch informelle) Treffen anlässlich von Messen oder über Telefonate⁸²⁵.

Die Vorgehensweise bei der Erstellung des *objektiven* Sachverhalts war stets dieselbe: Es wurden Beweise sichergestellt, die den Austausch sensibler Daten oder gar eine Vereinbarung belegten und in der Folge wurde untersucht, inwiefern sich der Austausch oder die Vereinbarung im Verhalten der Wettbewerber niedergeschlagen hatte: Die Weitergabe der Information einer baldigen Preiserhöhung von 12% konnte nachgewiesen werden; ebenso, dass in der Folge auch der Konkurrent (Informationsempfänger) im entsprechenden Umfang nachgezogen hatte. Probleme verursachte bei einem bestimmten Sachverhaltsabschnitt in praktischer Hinsicht jedoch, dass zwar Beweise für eine bestimmte Vereinbarung vorlagen, diese jedoch nicht genügten, um die unter diesen Umständen erforderliche Dauerhaftigkeit nachzuweisen. Auf eine wiederholte Absprache konnte daher nicht geschlossen werden. Gleiches gilt für die Wettbewerbswidrigkeit der Vereinbarung⁸²⁶. In einem weiteren Sachverhaltsabschnitt konnte

823 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 16 f.

824 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 18 ff.

825 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 20 ff.

826 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 20 Rz 89; im konkreten Fall betraf die Vereinbarung die Mitteilung von bestimmtem »Rabatt-Verhalten« mit dem Zweck, solches zu unterbinden. Eine solche Vereinbarung genügt nicht, wenn nicht auch nachgewiesen werden kann, dass sie dauerhaft galt, mithin wiederholt auf bestimmtes Rabatt-Verhalten hinge-

zwar eine einseitige Informationsweitergabe erstellt werden, doch blieb die Reaktion der Konkurrenz aus oder diese reagierte nicht im Sinne desjenigen Wettbewerbers, der die Information weitergegeben hatte; in einem anderen Teil des Sachverhalts konnte auch nicht erstellt werden, woher die Information stammte⁸²⁷. Das bloße Interesse an einer Koordination genügt damit nicht für die Sachverhaltserstellung, wenn Hinweise fehlen, dass das Verhalten in der Folge tatsächlich koordiniert wurde⁸²⁸. Daraus kann – selbstverständlich – keine Verhaltenskoordination abgeleitet werden. Problematisch war letztlich auch, wie oftmals in der Praxis, die Erstellung des *subjektiven* Sachverhalts. Die WEKO behalf sich damit, dass sie vom tatsächlichen Handeln auf den Willen schloss. So führte sie aus: »Hätte [F] nicht gewollt, dass sich [P] nach ihren Angaben richtet, hätte sie die Informationen nicht weitergegeben«. Es stehe somit fest, dass die Konkurrenten ihr Verhalten hätten aneinander anpassen wollen⁸²⁹. Allerdings genügte es auch beim subjektiven Sachverhalt nicht, dass aufgrund der Beweismittel eine Absicht der Parteien erkennbar war, sich in Bezug auf die Preisfeststellung zu beeinflussen, wenn daneben die vorhandenen Indizien den Schluss auf eine abgestimmte Verhaltensweise nicht zuließen: »Insgesamt liegen jedoch im konkreten Sachverhaltsabschnitt nicht genügend Indizien vor, welche es erlauben würden, basierend auf der erkennbaren Absicht, Einfluss auf das Gegenüber auszuüben, eine abgestimmte Verhaltensweise herzuleiten«. Deshalb könne gestützt auf die vorliegenden Beweismittel keine Verhaltensabstimmung angenommen werden⁸³⁰.

Aus dem Gesagten folgt zweierlei: Zum einen ist es erforderlich, dass die gewürdigten Beweismittel den Schluss auf eine (unter Umständen dauerhafte) Verhaltensabstimmung zulassen. Zum anderen kann aus der tatsächlich festgestellten Verhaltensweise auf die Absicht des Handelnden geschlossen werden. Es genügt somit, wenn der objektive Sachverhalt erstellt werden kann, nicht hingegen, wenn dies nur beim subjektiven der Fall ist.

d) Die rechtliche Einordnung des Sachverhalts

Die WEKO konzentrierte ihre rechtliche Würdigung auf die Frage der abgestimmten Verhaltensweise, deren Vorliegen das erste Tatbestandsmerkmal von

wiesen und dieses in der Folge unterbunden wurde. Erst dann kann auch ihre allfällige Wettbewerbswidrigkeit beurteilt werden.

827 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 29 f.

828 Vgl. VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 29 Rz 141.

829 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 18 Rz 75.

830 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 22 Rz 101 f.

Art. 4 Abs. 1 KG darstellt. Hierzu stellte sie fest, der Austausch von Informationen über den Zeitpunkt und den prozentualen Umfang von Preiserhöhungen bringe zum Ausdruck, dass die Konkurrenten das Risiko des Marktanteilsverlustes, das bei einer einseitigen und somit unkoordinierten Preiserhöhung entstehe, bewusst und gewollt hätten umgehen wollen. Mit der Weitergabe bzw. dem Austausch der entsprechenden Information hätten die Wettbewerber die in Bezug auf das Verhalten des Konkurrenten bestehende Unsicherheit ausschalten können und sich so gar in die Lage versetzt, das Verhalten der Gegenseite vorherzusehen und die eigene Preispolitik gestützt darauf festzulegen. Eine solche Vorgehensweise schliesse eine wettbewerbskonforme Preisfestsetzung aufgrund exogener Faktoren aus⁸³¹. Die direkte Kontaktaufnahme habe den Zweck verfolgt, den Konkurrenten über das eigene Verhalten zu informieren mit dem Ziel einer gegenseitigen Anpassung. Dies stehe einer selbständigen Handlungsweise, namentlich auch einem erlaubten Parallelverhalten, entgegen. Mit Verweis auf die – auch in dieser Arbeit aufgezeigte – Praxis im Versicherungsbereich hielt die WEKO weiter fest, dass der Inhalt der Information eine wesentliche Rolle spiele. Der Austausch von bereits seit längerer Zeit verwirklichten Erhöhungen wäre allenfalls zulässig, nicht hingegen die Information über aktuelle (bzw. geplante) Preiserhöhungen⁸³². Daraus zog die WEKO den Schluss, dass von einer abgestimmten Verhaltensweise auszugehen war. Nachdem auch das zweite Tatbestandsmerkmal (Unternehmen gleicher oder verschiedener Marktstufen) bejaht werden konnte, untersuchte die WEKO weiter die Frage, inwiefern mit der abgestimmten Verhaltensweise eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wurde (drittes Tatbestandsmerkmal). Sie hielt zunächst fest, dass der Preis beim fraglichen Produkt unbestrittenermassen einen zentralen Wettbewerbsparameter darstelle. Die Wettbewerber hätten darauf abgezielt, ihr eigenes Handeln am künftigen Verhalten des anderen Wettbewerbers auszurichten, indem sie miteinander Kontakt aufgenommen hätten, um Höhe und Zeitpunkt bevorstehender Preiserhöhungen zu diskutieren. Mit dieser Ausrichtung hätten sie versucht, die Unsicherheiten des funktionierenden Wettbewerbs zu beseitigen. *»Der Zweck des Informationsaustauschs bestand folglich darin, den in preislicher Hinsicht vorhandenen Wettbewerbsdruck zu verringern bzw. auszuschalten«*, weshalb auch das dritte Tatbestandsmerkmal der Abrede nach Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt sei⁸³³. Zum gleichen Schluss kam die WEKO bei der Vereinbarung, sich preislich nicht zu unterbieten (aggressive Preispolitik). Bezüglich des Austauschs weiterer sensibler Marktdaten, wie Preislisten und Umsatzangaben, hielt sie aber

831 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 44 Rz 236; BGE 129 II 18, E. 6.3.

832 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 44 Rz 237; vgl. auch RPW 2007/1, S. 144, und vorstehend Ziff. 2.2.

833 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 45 Rz 245 ff.

fest, dass diese lediglich unterstützender Natur gewesen seien. Immerhin hätte ihr Austausch die Abstimmung des Verhaltens zusätzlich erleichtert, indem die bestehende Unsicherheit weiter verringert worden sei⁸³⁴. Im konkreten Fall lag schliesslich eine Preisabrede im Sinne von Art. 5 Abs. 3 lit. a KG vor, unabhängig davon, dass sie lediglich als Teilursache zu weiteren exogenen Ursachen zu zählen war. Die genaue Ursache der Preiserhöhung sei unerheblich, da entscheidend sei, dass die Höhe von Preiserhöhungen und deren Zeitpunkt nicht abgesprochen werden dürften. Insofern könne auch offen bleiben, ob es sich um direkte oder indirekte Preisabsprachen handle, da das Gesetz diesbezüglich keine Unterscheidung treffe⁸³⁵. Am Ende kam die WEKO zum Schluss, dass die Vermutung in Art. 5 Abs. 3 KG nicht durch Aussen- (aktueller oder potentieller) oder Innenwettbewerb umgestossen werden könne⁸³⁶.

e) Schlussfolgerungen

Zusammengefasst hat die WEKO somit entschieden, dass der Austausch von (aktuellen Preis-)Informationen mit dem Ziel, bestehende Unsicherheiten über das Marktverhalten zu beseitigen, dem Konkurrenten das eigene Verhalten aufzuzeigen und damit eine Anpassung zu erreichen, eine abgestimmte Verhaltensweise darstellt. Nicht entscheidend ist, ob dazu noch weitere (eventuell exogene) Teilfaktoren hinzutreten. Bei diesem Ergebnis musste die WEKO allenfalls missbräuchliche Verhaltensweisen gar nicht überprüfen, obwohl ein hochgradig konzentrierter Markt vorlag, so dass eventuell die Voraussetzungen einer kollektiven Marktbeherrschung hätten untersucht werden können. In verfahrenstechnischer Hinsicht ist schliesslich festzuhalten, dass die WEKO schriftlichen Beweismitteln (Protokolle, E-Mail, Schreiben, Notizen) ein höheres Gewicht beimass als den Aussagen der Beteiligten⁸³⁷. Dies dürfte angesichts der in der Praxis oftmals anzutreffenden Unzuverlässigkeit von Zeugenaussagen richtig sein.

834 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 46 Rz 248 ff.

835 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 47 Rz 257 ff., insb. Rz 262.

836 VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 49 ff.

837 Vgl. beispielsweise VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 19 Rz 83, wobei hinsichtlich des Beweismasses von Glaubhaftmachung ausgegangen wurde (vgl. dort auch S. 37 Rz 190).

2.3.4. Baubeschläge

a) Vorbemerkungen

Der bislang jüngste Entscheid der WEKO (Stand: Oktober 2011) betraf den Markt für Fenster- und Fenstertürbeschläge⁸³⁸. Vorausgegangen waren Verfahren nicht nur in der Schweiz, sondern auch im europäischen Umfeld. In der Schweiz wurde die Untersuchung durch eine Selbstanzeige am 10. Juli 2007 in Form einer schriftlichen Unternehmenserklärung in Gang gebracht. Wiederum wurden Hausdurchsuchungen durchgeführt und umfangreiches Aktenmaterial beschlagnahmt. Weiter wurden die Server der Unternehmen gespiegelt. Fragen wurden zunächst anhand von Fragebögen beantwortet, in der Folge fand auch eine schriftliche Befragung statt. Schliesslich wurde gegenüber zwei Unternehmen das Verfahren eingestellt und die mit dreien getroffene einvernehmliche Regelung genehmigt (ein erster Vorschlag zur einvernehmlichen Regelung wurde den Parteien im Oktober 2009 zugestellt, der zweite im Juli 2010). Zwei Unternehmen lehnten diese jedoch ab. Nachdem die Parteien am 20. September 2010 ein letztes Mal angehört worden waren, beendete die WEKO das Verfahren mit Verfügung vom 18. Oktober 2010, mithin mehr als drei Jahre nach Eröffnung der Untersuchung⁸³⁹.

b) Zum Sachverhalt: »Preiserhöhung für 2007, wenn ja, wie hoch«

Der Markt für Fenster- und Fenstertürbeschläge wurde in der Schweiz durch fünf Hersteller bedient, wobei nicht alle ihren Sitz in der Schweiz, sondern teilweise auch in Deutschland hatten⁸⁴⁰. Die Belieferung der Kundschaft, das heisst der Fenster- bzw. Fenstertürverarbeiter, erfolgte entweder unmittelbar, über (eigene) Vertriebsgesellschaften oder über den Zwischenhandel. Die Marktteilnehmer in der Schweiz waren somit nicht (nur) die deutschen Hersteller, sondern insbesondere deren Vertriebspartner bzw. Grosshändler, die Preiserhöhungen von den Herstellern übernehmen mussten bzw. solche eigenständig – bzw. gemeinsam – festsetzten. Daher waren vor allem die Händler bzw. Vertriebsgesellschaften von der Untersuchung betroffen. Gegenstand der Untersuchung war der Austausch von Informationen in den Jahren 2004 bis 2007. Dieser Austausch zwischen den Konkurrenten und sein Umfang geht ohne Weiteres aus der einvernehmlichen

838 Verfügung der Wettbewerbskommission vom 18. Oktober 2010 betreffend 22-0358 Baubeschläge für Fenster und Fenstertüren, S. 5 ff., bzw. RPW 2010/4, S. 717 ff.

839 RPW 2010/4, S. 717 ff. und S. 735 Rz 160.

840 RPW 2010/4, S. 717 Rz 3 ff. Vgl. auch die Abbildung 1 auf S. 718.

Regelung hervor. Denn darin vereinbarten die Beteiligten mit der WEKO was folgt⁸⁴¹;

- *kein Austausch von Informationen über den Umfang und den Zeitpunkt von künftigen Bruttopreiserhöhungen und sonstigen Preiserhöhungen;*
- *kein Austausch anderer preisrelevanter Informationen zum Zweck der Koordination des Wettbewerbsverhaltens;*
- *kein Austausch von Offertpreisen, Rabatten und Konditionen allgemein sowie von Informationen über die Zuteilung von Kunden;*
- *kein Austausch von Kundeninformationen zum Zwecke der Koordination des Wettbewerbsverhaltens.*

Im Zentrum der Untersuchung standen die erfolgten Preiserhöhungen und verschiedene Kontakte zwischen den einzelnen Unternehmen über deren Höhe und Zeitpunkt. Diese Kontakte dienten einerseits dazu, die Konkurrenten über das Vorgehen in Bezug auf Preiserhöhungen in Kenntnis zu setzen, was namentlich dann der Fall war, wenn die Informationen ausgetauscht wurden, bevor die Preiserhöhung dem Vertriebspartner oder einem Grosshändler mitgeteilt wurde. Andererseits wurden die fraglichen Informationen auch erst danach mitgeteilt, namentlich zum Zweck der Vertrauensbildung und zur Sicherstellung des (»vereinbarten«) Verhaltens. Der Austausch der Informationen erfolgte teilweise telefonisch, urkundlich festgehalten in Telefonnotizen, anlässlich von Gesprächen oder mit Briefen bzw. E-Mails. Ihren Niederschlag gefunden haben diese Vorgehensweisen auch in handschriftlichen Notizen oder in Protokollen⁸⁴². Für das Jahr 2004 konnte allerdings nicht in jedem Fall festgestellt werden, ob die ausgetauschten Informationen direkt zu den angekündigten bzw. umgesetzten Preiserhöhungen geführt haben. Aufgezeigt wurde hingegen, dass einzelne Unternehmen besonders aktiv Informationen gesammelt haben. Im 2005 konnten – mit einer Ausnahme – keine Beweismittel Informationsaustausche belegen. Tatsächlich wurden die Preise auch nicht erhöht. Beachtlich ist immerhin, dass gewisse Kunden eine Preiserhöhung offenbar nicht akzeptiert haben⁸⁴³.

In den Jahren 2006 und 2007 kam es zudem zu Treffen zwischen einzelnen Unternehmen, so auch auf einem Golfplatz. Weiter fanden neben bi- und tri- auch multilaterale Treffen statt, wobei der Inhalt der Gespräche internen Notizen von Sitzungsteilnehmern entnommen werden konnte. Sowohl Informationen über Verkaufspreise, die Marktsituation wie auch über Preiserhöhungen und die dazugehörenden Absichten wurden ausgetauscht. Vereinzelt liessen sich gar

841 RPW 2010/4, S. 735 Rz 159.

842 RPW 2010/4, S. 722 ff. und 736 ff.

843 RPW 2010/4, S. 726 Rz 72.

(implizite) Aufforderungen zur Preiserhöhung erstellen⁸⁴⁴. Schliesslich kam es auch zu informellen Treffen, beispielsweise an einer Messe, bei denen Informationen über die Marktsituation sowie über abgeworbene bzw. Neukunden ausgetauscht wurden. Dreh- und Angelpunkt in der Untersuchung hinsichtlich der Preiserhöhungen in den Jahren 2006 und 2007 war allerdings ein einzelnes Treffen im September 2006. Erstellt werden konnte, dass die an diesem Treffen teilnehmenden Unternehmen in der Folge auch tatsächlich im kommunizierten Bereich der unteren Marktstufe Preiserhöhungen angekündigt hatten. Die Preise wurden entsprechend durchgesetzt, sofern sich dies mit den Kunden vereinbaren liess. Die WEKO erachtete es daher als gegeben, dass die im Markt umgesetzten Preiserhöhungen in den Jahren 2006 bzw. 2007 direkt und kausal auf das Treffen vom 22. September 2006 zurückgeführt werden konnten⁸⁴⁵.

Erwähnenswert ist, dass alle Unternehmen, die am besagten Treffen teilgenommen haben, weder diese Teilnahme bestreiten noch, dass dabei Informationen über Preiserhöhungen ausgetauscht worden sind, namentlich bezüglich deren Umfang und Umsetzungsdatum. Der Austausch von Informationen über Preiserhöhungen zwischen den Teilnehmern war daher ohne Weiteres erstellt. Die Vorbringen der Parteien zielten daher darauf ab darzustellen, keine (eigenen) Informationen weitergegeben, sich gegen Preiserhöhungen gewehrt oder auf die Entscheidungsfindung keinen Einfluss gehabt zu haben. Weiter wurde vorgebracht, dass es sich um ein einmaliges Ereignis gehandelt habe, mithin keine Dauerhaftigkeit vorliege⁸⁴⁶.

c) Die rechtliche Einordnung des Sachverhalts

Am meisten Raum in den rechtlichen Erwägungen der WEKO nahm das Treffen vom 22. September 2006 ein. Sie prüfte nicht eingehender, ob eine Vereinbarung vorliegen könnte, weil ohnehin von einer abgestimmten Verhaltensweise ausgegangen werden konnte. In Bezug darauf betonte sie, dass der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise eine bestimmte Gegenseitigkeit der Vorgehensweise verlange, was dann der Fall sei, wenn die Parteien mit ihrem Verhalten einen bestimmten Plan verfolgten und somit durch ihre Handlungsweise vorübergehend bei den Preisen einige Wettbewerbsbedingungen des Marktes ausschalten würden⁸⁴⁷. Allerdings könne eine abgestimmte Verhaltensweise bereits dann vorliegen, wenn die Parteien nicht ausdrücklich einen gemeinsamen Plan verfolgten,

844 RPW 2010/4, S. 726 Rz 73.

845 RPW 2010/4, S. 727 ff. und 731 ff.

846 RPW 2010/4, S. 728 ff., insb. Rz 95 ff.

847 RPW 2010/4, S. 736 ff., insb. Rz 171 ff.

der ihr Verhalten auf dem Markt festlege, sondern bewusst Absprachen treffen oder einhalten würden, welche die Abstimmung ihrer Vorgehensweisen erleichtern und »damit die Unsicherheit hinsichtlich des Marktverhaltens der Wettbewerber« verringerten. Das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potentiellen Mitbewerbers dürfe weder beeinflusst noch dürfe dieser über das eigene Marktverhalten, das zu zeigen man entschlossen sei oder in Erwägung ziehe, ins Bild gesetzt werden⁸⁴⁸.

Die WEKO kam zum Schluss, die Unternehmen hätten ihr Verhalten einander angepasst, und zwar durch bewusstes und gewolltes Zusammenwirken. Der gegenseitige Austausch habe den Unternehmen Einsicht in das künftige Handeln der Konkurrenz verschafft und dadurch die durch eine einseitige unkoordinierte Preiserhöhung bedingte Ungewissheit des Wettbewerbs beseitigt. Die Verhaltenskoordination habe das Risiko eigenständigen wettbewerblichen Handelns weitestgehend entfallen lassen. Weiter hätten gewisse Massnahmen der Vertrauensbildung gedient und seien damit zwecks Umsetzung der Absprache erfolgt. Entscheidend war weiter, dass die WEKO die Geltendmachung exogener Faktoren und somit den Versuch, das Verhalten der Unternehmen als gewöhnliches – und daher erlaubtes – Parallelverhalten darzustellen, als unbehelflich qualifizierte. Die WEKO stellte zwar exogene Faktoren nicht grundsätzlich in Frage, doch hielt sie fest, dass eine Absprache über die Art und Weise der Umsetzung von Preiserhöhungen nicht nachvollziehbar wäre, wären die Preiserhöhungen der Hersteller den Schweizer Marktteilnehmern vorgegeben gewesen und hätten sie bezüglich der Weitergabe dieser Preiserhöhungen keinen Spielraum gehabt, weshalb sie gezwungen gewesen wären, die Erhöhungen ohne Änderungen ihren Kunden weiterzugeben. Wäre dies tatsächlich der Fall gewesen, hätte sich eine Absprache in der Schweiz erübrigt. Schliesslich befand die WEKO, dass eine solche Auslegung der Gegebenheiten auch den im Recht liegenden Beweisen widersprechen würde: Während im Jahr 2010, in dem offenbar keinerlei Kontakte stattgefunden hätten, verschiedene Preiserhöhungen mit unterschiedlichem Umfang und unterschiedlichen Zeitpunkten hätten festgestellt werden können, seien diejenigen im Jahr 2007, mit einer Ausnahme, alle auf den gleichen Tag gefallen. Die Erhöhungen hätten sich nur im Umfang von 0,4% unterschieden. Das unterschiedliche Marktverhalten ohne und mit (erstellten) Kontakten lege daher gemäss der WEKO den Schluss auf eine Koordination nahe. Schliesslich stellte die WEKO fest, dass die Informationsaustausche den Zweck gehabt hätten, sich Gewissheit über die Preissetzung der Konkurrenz zu verschaffen und damit den in preislicher Hinsicht vorhandenen Wettbewerbsdruck zwischen den Wettbewerbern zu verringern oder gar auszuschalten. Der Zweck, die in funktio-

848 RPW 2010/4, S. 737 Rz 178.

nierendem Wettbewerb vorhandene Ungewissheit über das bevorstehende Handeln der Konkurrenten zu beseitigen, erachtete die WEKO somit als unzulässig⁸⁴⁹. Anzufügen bleibt, dass die WEKO auch hinsichtlich der Informationsaustausche im Jahre 2004 abgestimmte Verhaltensweisen feststellte, weil die Preiserhöhungen nicht das Ergebnis eigenständigen Handelns, sondern Ausfluss der Austausche gewesen sei. Weitere informelle Kontakte qualifizierte die WEKO schliesslich als zusätzliche Erleichterung der Abstimmung des Marktverhaltens⁸⁵⁰.

Die festgestellten abgestimmten Verhaltensweisen betrafen mehrheitlich den Preis. Deshalb musste letztlich geprüft werden, ob die Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 KG beseitigt werden konnte. Die Umstossung gelang allerdings nicht, ebenso konnten keine Rechtfertigungsgründe festgestellt werden⁸⁵¹.

d) Schlussfolgerungen

Dem Entscheid können mindestens vier wichtige Punkte entnommen werden: Erstens müssen Informationen nicht zwingend vor der Ausführung eines bestimmten Verhaltens ausgetauscht werden, sondern unter Umständen auch erst danach, was der Vertrauensbildung unter den Wettbewerbern und der Sicherstellung der Abstimmung dienen kann. Zweitens sind exogene Faktoren bei abgestimmten Verhaltensweisen von wichtiger Bedeutung. Allerdings lassen sich die Abstimmung des Verhaltens und das Vorliegen exogener Zwänge nur schwer vereinbaren. Es ist entweder davon auszugehen, dass äussere Gegebenheiten zu einem Verhalten zwingen, oder dass dieses durch eine bewusste und gewollte Abstimmung veranlasst wird. Drittens liegt im Verhalten, das ausgetauschten Informationen entspricht, ein Indiz oder Beweis hinsichtlich der Verwendung der Information. Viertens lassen sich unter Umständen aus einem Vergleich des Marktverhaltens bzw. Marktergebnisses mit und ohne Informationsaustausch Schlüsse auf eine mögliche Koordinierung ziehen.

849 RPW 2010/4, S. 737 ff.

850 RPW 2010/4, S. 739 Rz 194 ff.

851 RPW 2010/4, S. 740 Rz 208 ff. und S. 754 Rz 346 ff. Im Sinne einer Eventualbegründung legte die WEKO auch dar, dass die Verhaltensweisen selbst bei einer Umstossung der Vermutung unzulässig wären, weil eine erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorliegen würde.

3. Der Informationsaustausch in der EU

3.1. Überblick

Vorab ist Folgendes festzuhalten: Auch in der EU fehlt eine generelle positivrechtliche Regelung des Informationsaustauschs. Abzustellen ist somit hauptsächlich auf die bislang ergangenen Entscheide der Kommission bzw. der europäischen Gerichte. Immerhin aber hat die Kommission bereits im Jahre 2008 Leitlinien für die Anwendung von Art. 81 EGV (bzw. Art. 101 AEUV) auf Seeverkehrsdienstleistungen (»maritime transport« oder »shipping guidelines«) erlassen. Ebenso sind am 14. Dezember 2010 die revidierten Leitlinien für die horizontale Zusammenarbeit in Kraft getreten, die auch Kriterien für den Informationsaustausch enthalten⁸⁵².

3.2. Shipping guidelines

Die Leitlinien zu den Seeverkehrsdienstleistungen befassen sich ab Randziffer 41 mit dem Austausch von Informationen. Zunächst wird festgehalten, dass der Informationsaustausch die Durchführung wettbewerbswidriger Verhaltensweisen erleichtern kann, so beispielsweise die Überwachung der Einhaltung von Kartellvereinbarungen bzw. -beschlüssen⁸⁵³. Allerdings kann nach Auffassung der Kommission bereits der Informationsaustausch an sich aufgrund seiner Wirkung einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV darstellen. Dies ist der Fall, wenn er die Ungewissheit über das fragliche Marktgeschehen verringert oder beseitigt und dadurch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen führt. Betont wird dabei, dass jeder Wettbewerber seine Politik bzw. sein Marktverhalten selbständig zu bestimmen hat. Aus diesem Grund ist jede mittelbare oder unmittelbare Fühlungnahme zu einem Konkurrenten zwecks Beeinflussung oder Information über das eigene Verhalten zu unterlassen, wenn diese Kontaktaufnahme zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt oder eine solche bezweckt wird. Eine Fühlungnahme ist somit verboten, wenn sie Wettbewerbsbedingungen schafft, die im Hinblick auf die Art der Waren oder erbrachten Dienstleistungen, die Bedeutung und Zahl der beteiligten Wettbewerber so-

852 Vgl. im Übrigen die Übersicht bei WHISH, Competition Law, S. 523.

853 In diesem Zusammenhang wird auch von konnexen Marktinformationsverfahren gesprochen, mithin von einem Informationsaustausch, welcher der Unterstützung einer weitergehenden Absprache dient und in diesem Rahmen wettbewerbsbeschränkend wirkt, vgl. WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 164; vgl. auch EuGH vom 7. Januar 2004, Rs. C-204/00 – Aalborg Portland, Slg. 2004, Rz 281 ff.

wie den Umfang des Marktes nicht dessen normalen Bedingungen entsprechen. Bei der Beurteilung eines Informationsaustauschs ist gemäss den Leitlinien demnach stets auch die Marktstruktur zu beachten. In oligopolistischen Märkten kann die regelmässige und häufige Zusammenfassung der Informationen über das Marktgeschehen allen Wettbewerbern Aufschluss über die Marktpositionen und die Strategien der Konkurrenten geben⁸⁵⁴.

Die Leitlinien bekräftigen, dass die tatsächlichen und möglichen Folgen eines Informationsaustauschs angesichts des Zusammenwirkens mehrerer Faktoren immer im Einzelfall zu prüfen sind. Die wichtigsten Kriterien sind die *Struktur des Marktes* und die *Merkmale des Informationsaustauschs*. Einzubeziehen sind die tatsächlichen oder möglichen Folgen des Informationsaustauschs im Vergleich zur Marktsituation, die anzutreffen wäre, wenn der Informationsaustausch nicht erfolgte. Daher fällt gemäss der Leitlinie der Informationsaustausch unter Art. 101 Abs. 1 AEUV, wenn er »spürbare negative Auswirkungen auf die Wettbewerbsparameter hat«⁸⁵⁵.

Gemäss den Leitlinien fallen als *Marktstrukturkriterien* insbesondere der Konzentrationsgrad und die Struktur von Angebot und Nachfrage in Betracht, namentlich die Anzahl der konkurrierenden Anbieter, die Symmetrie und Stabilität der Marktanteile und eventuell bestehende strukturelle Verbindungen zwischen den Wettbewerbern. Berücksichtigt werden können aber auch die Homogenität der Dienstleistungen und die Markttransparenz insgesamt. Problematisch ist vor allem der hochgradig konzentrierte Markt, da auf diesem wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen mit höherer Wahrscheinlichkeit auftreten und zudem auch länger anhalten als auf Märkten mit einem geringeren Konzentrationsgrad. Auch mehr Transparenz kann die gegenseitige Abhängigkeit auf einem konzentrierten Markt eher verstärken und die Intensität des Wettbewerbs verringern⁸⁵⁶.

Mit *Merkmale des Informationsaustauschs* sind zunächst einmal die Eigenschaften der ausgetauschten Informationen gemeint. Problematisch sind vor allem geschäftlich sensible Informationen wie Preise, Kapazitäten oder Kosten. Der Austausch solcher Informationen fällt »eher« unter Art. 101 Abs. 1 AEUV als andere Arten des Informationsaustauschs. Sodann ist gemäss Leitlinie zu untersuchen, ob die Informationen in individueller oder – was kartellrechtlich weniger bedeutsam ist – in Aggregatform vorliegen und ob sie bereits öffentlich sind. Eine Rolle spielt sodann auch die Aktualität der Information. Auf die Zukunft gerichtete Informationen sind problematischer als »historische« Angaben.

854 Leitlinien zu den Seeverkehrsdienstleistungen [zit. LEITLINIEN SEEVERKEHR], Rz 43 f.

855 LEITLINIEN SEEVERKEHR, Rz 45.

856 LEITLINIEN SEEVERKEHR, Rz 47 ff.

Ebenso ist es bedenklicher, häufig, das heisst in kurzer Abfolge, Informationen auszutauschen⁸⁵⁷.

Schliesslich erwähnen die Leitlinien aber auch allfällige Effizienzgewinne trotz wettbewerbseinschränkender Wirkung des Informationsaustauschs. Verlangt wird eine Abwägung zwischen den substantiierten und an die Kunden weitergegebenen Gewinne und den wettbewerbswidrigen Wirkungen⁸⁵⁸.

Anzumerken bleibt, dass sich die Leitlinien zwar eng an die EU-Rechtsprechung anlehnen, grundsätzlich aber »nur« den Bereich der Seeverkehrsdienstleistungen, mithin einen ganz bestimmten Markt bzw. Sektor, betreffen.

3.3. Leitlinien für die horizontale Zusammenarbeit

Anfangs 2001 hielt die Kommission in einer Bekanntmachung Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 81 EGV auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit fest⁸⁵⁹. Beachtlich ist, dass diese (ersten) Leitlinien, »nomen est omen«, nur Zusammenarbeitsvereinbarungen betrafen. Andere Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, wie zum Beispiel Minderheitsbeteiligungen oder eben betreffend den Informationsaustausch, wurden nicht behandelt. Dies ist insofern erwähnenswert, als dass der Austausch von Informationen gerade Teil einer (horizontalen) Vereinbarung sein kann. Nur gerade sieben Jahre später erachtete die Kommission die Leitlinien als revisionswürdig (oder -bedürftig) und startete deshalb eine öffentliche Konsultation. Die am 14. Dezember 2010 in Kraft getretenen revidierten Leitlinien sehen einen ganzen Abschnitt zum Informationsaustausch vor⁸⁶⁰.

Wie in den Leitlinien zu den Schiffsverkehrsdienstleistungen unterscheidet die Kommission auch hier grundsätzlich zwischen den Marktbedingungen und den Eigenschaften bzw. Merkmalen des Informationsaustauschs⁸⁶¹. Weiter hält die Kommission fest, dass es notwendig sei, die wichtigsten wettbewerbsrechtlichen Bedenken im Zusammenhang mit dem Informationsaustausch zu untersuchen, wenn das Bestehen einer Vereinbarung, einer abgestimmten Verhaltensweise oder ein Beschluss einer Unternehmensvereinigung festgestellt worden sei.

857 LEITLINIEN SEEVERKEHR, Rz 50 ff.

858 LEITLINIEN SEEVERKEHR, Rz 58, wobei dies letztlich einen Anwendungsfall von Art. 101 Abs. 3 AEUV darstellt.

859 Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 6. Januar 2001 (2001/C 3/02).

860 Leitlinien zur Anwendbarkeit von Art. 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, Amtsblatt der Europäischen Union vom 14. Januar 2011 (2011/C11) [zit. LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT], Rz 55 ff.

861 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 58.

Zu prüfen seien daher insbesondere ein etwaiges Kollusionsergebnis und die wettbewerbswidrige Marktverschliessung⁸⁶². Hinsichtlich des Kollusionsergebnisses seien drei Möglichkeiten denkbar: Zum einen, dass der Informationsaustausch die Koordination zwischen den Wettbewerbern erleichtere, indem vor allem der Austausch von Informationen über geplantes zukünftiges Verhalten Unsicherheiten beseitige oder sich ähnliche Erwartungen hinsichtlich der Unsicherheiten entwickeln würden. Zum anderen könne der Informationsaustausch im Sinne eines Überwachungsmechanismus die Aufrechterhaltung einer Koordination erleichtern, indem Abweichungen schneller entdeckt würden. Damit lasse sich unter Umständen gar ein Kollusionsergebnis erzielen auf einem Markt, auf dem das andernfalls nicht möglich gewesen wäre. Schliesslich könne der Informationsaustausch auch der Überwachung des Marktes dienen, so dass gezielt gegen neu eintretende Marktteilnehmer vorgegangen werden könne. Dieser letzte Punkt ergebe letztlich eine wettbewerbswidrige Marktverschliessung, mithin das zweite wettbewerbsrechtliche Bedenken. Ein exklusiver Informationsaustausch, also ein solcher, bei dem nicht alle Marktteilnehmer involviert seien, könne zu einer Besserstellung der Teilnehmenden führen, was allerdings bedinge, dass die Information von grosser strategischer Bedeutung sei und einen beträchtlichen Teil des relevanten Marktes betreffe⁸⁶³.

Sodann äussert sich die Kommission zur Frage, ob der Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecke oder bewirke. Sie hält fest, dass ein Informationsaustausch als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung angesehen werde, wenn eine solche auch sein Ziel sei. Ob dies der Fall sei, ergebe sich durch eine Prüfung des rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs, in dem er stattfinde⁸⁶⁴. Deshalb sei zu prüfen, ob der Austausch geeignet sei, den Wettbewerb zu beschränken. Als Beispiel nennt die Kommission den Austausch von Informationen über die individuellen Absichten eines Unternehmens in Bezug auf das künftige Preis- und Mengenverhalten (namentlich Angaben zu Verkaufs- und Marktanteilszielen). Bei solchen Austauschen sei das Kollusionsrisiko besonders gross, weshalb sie als bezweckte Wettbewerbsbeschränkungen angesehen werden müssten⁸⁶⁵. Etwas anders sieht es bei den wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen aus. Die voraussichtlichen Auswirkungen eines Austauschs müssten im Rahmen einer Einzelfallbeurteilung geprüft werden, da das Ergebnis von fallspezifischen Faktoren abhängen. Die Prüfung habe in dem Sinne zu erfolgen, als dass die voraussichtlichen Wirkungen des Informationsaustauschs der Wettbe-

862 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 64 ff.

863 Zum Ganzen LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 65 ff.

864 Vgl. auch EuGH vom 20. November 2008, Rs. C-209/07 – Beef Industry, Slg. X, X, Rz 1 und 15 ff.

865 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 72 ff.

werbssituation gegenüberzustellen seien, die ohne den betreffenden Austausch bestanden hätte. Eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung sei dann anzunehmen, wenn es wahrscheinlich sei, dass der Informationsaustausch spürbare negative Auswirkungen auf mindestens einen Wettbewerbsparameter wie Preis, Produktqualität, Produktvielfalt oder Innovation haben werde. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach der Kommission, wie bereits einleitend erwähnt, aufgrund der wirtschaftlichen Bedingungen auf den relevanten Märkten, mithin nach den Marktbedingungen, sowie nach den Eigenschaften der ausgetauschten Information. Die Prüfung habe sowohl vor dem Hintergrund der ursprünglichen Marktbedingungen als auch im Hinblick auf die Frage, wie der Informationsaustausch diese Bedingungen ändere, zu erfolgen. Deshalb seien auch die charakteristischen Eigenschaften des Austausches (Zweck, Zugangsvoraussetzungen, Bedingungen der Teilnahme, Häufigkeit, Art und Bedeutung der Information, usw.) zu berücksichtigen⁸⁶⁶.

Bei den Marktbedingungen sind gemäss der Kommission Faktoren wie die Markttransparenz, die Anzahl Wettbewerber, die Komplexität des Marktes, die Angebots- und Nachfragebedingungen sowie allfällige Marktzutrittschranken von besonderer Relevanz. Daneben seien aber auch mögliche Symmetrien (bezüglich Kosten, Nachfrage, Marktanteile, Produktpalette und Kapazitäten), der Stellenwert künftiger Gewinne bei den Wettbewerbern sowie die Häufigkeit der Interaktion zu beachten. Nicht zu vergessen sei allerdings, dass stets auch ernstzunehmende (schwerwiegende), rasche Vergeltungsmassnahmen drohen müssten im Falle einer Abweichung⁸⁶⁷. Hinsichtlich der Eigenschaften des Informationsaustauschs von Bedeutung ist gemäss den Leitlinien insbesondere der »Inhalt« der Information. Wettbewerbsbeschränkende Wirkung könne ein Informationsaustausch dann haben, wenn er die Entscheidungsfreiheit der Parteien dadurch einschränke, dass er Wettbewerbsanreize reduziere. Dies sei beispielsweise dann der Fall, wenn strategische Informationen ausgetauscht würden, wobei sich solche Informationen auf Preise⁸⁶⁸, Kunden oder die Produktion, auf Mengen, Umsätze oder Verkaufszahlen sowie auf Kapazitäten, Qualität, Marketingpläne und Technologien beziehen könnten. Denkbar seien schliesslich auch Informationen über Risiken, Pläne, Investitionen oder Programme und Ergebnisse im Bereich von Forschung und Entwicklung. Klarerweise seien Preis- und Mengeninformationen stets problematisch, doch könne der Austausch von Technologiedaten gerade bei Unternehmen, die im Rahmen von Forschung und Entwicklung konkur-

866 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 75 ff.

867 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 77 ff.

868 Aktuelle Preise, Rabatte oder Erhöhungen, sowie Preissenkungen oder sonstige Nachlässe.

rierten, ebenso wettbewerbsrechtliche Bedenken hervorrufen⁸⁶⁹. Schliesslich sei auch zu beachten, dass ein Informationsaustausch dann wahrscheinlich wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen haben werde, wenn die am Austausch beteiligten Wettbewerber einen genügend grossen Teil des relevanten Marktes abdeckten. Von Bedeutung sei daher ebenso die Marktabdeckung. Allerdings sind gemäss Kommission solche Daten nicht in jedem Fall gleich relevant. Der Nutzen einer strategischen Information hänge vielmehr auch von der Aufbereitung und von ihrem Alter ab⁸⁷⁰. Zu unterscheiden ist nach der Kommission in diesem Zusammenhang vor allem danach, ob die Informationen gleichermassen leicht, insbesondere kostenlos, öffentlich zugänglich sind oder nicht. Das Gleiche gilt für die Frage, ob der Informationsaustausch als solcher allen Wettbewerbern im gleichen Umfang zur Verfügung steht, mithin öffentlich ist. Schliesslich sind aber auch der Grad der Aggregation der Daten und die Häufigkeit des Informationsaustauschs zu beachten⁸⁷¹.

Auf die detaillierte Bewertung dieser Faktoren soll an dieser Stelle, mit Ausnahme einiger weniger Beispiele, nicht eingegangen werden. Vielmehr ist auf die entsprechenden Stellen im ökonomischen Teil dieser Arbeit zu verweisen, wo diese Fragen bereits untersucht wurden⁸⁷². Zur Erinnerung an die Vorgehensweise seien aber immerhin zwei Beispiele aufgeführt: Je geringer die Anzahl Wettbewerber auf dem relevanten Markt, desto leichter können sie sich auf Koordinierungsmodalitäten verständigen und allfällige Abweichungen entdecken. Sind hingegen mehr Wettbewerber an der Koordinierung beteiligt, so kann aus einer Preisunterbietung (Abweichung; *cheat*) ein grösserer Nutzen gezogen werden, da diesfalls – im Verhältnis zum eigenen – ein grösserer Marktanteil gewonnen werden kann. Gleichzeitig sinkt auch der Nutzen der Koordination (kollusiver Gewinn), da mit zunehmender Anzahl Beteiligter der Anteil am Ertrag kleiner wird. Der Informationsaustausch hilft bei der Koordinierung oder der Aufdeckung einer Abweichung, wobei sich dank der Schaffung von Transparenz gar mehr Unternehmen beteiligen können als ohne Austausch⁸⁷³. Ähnliche Überlegungen können auch beim Grad der Aggregation gemacht werden: Der Austausch unternehmensspezifischer Daten weckt mehr wettbewerbsrechtliche Bedenken als aggregierte Daten, bei denen ein Rückschluss auf die Strategie(n) des Konkurrenten nur mit Schwierigkeiten möglich ist. Der Austausch individueller Daten vereinfacht sowohl die Verständigung als auch mögliche Bestrafungsstra-

869 Vgl. zum Ganzen LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 86.

870 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 89.

871 Zum Ganzen LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 86 ff.

872 Vgl. vorstehend insb. § 10 Ziff. 3.

873 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 79.

tegien auf dem Markt, da eine Identifikation des abweichenden Wettbewerbers möglich ist⁸⁷⁴.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass sich die Kommission schliesslich auch zu Effizienzgewinnen, zur Unerlässlichkeit und zur Frage der Weitergabe an die Verbraucher äussert, mithin zu Situationen im Anwendungsbereich von Art. 101 Abs. 3 AEUV. Am Ende folgen Beispiele zu den einzelnen Sachverhalten⁸⁷⁵. Wie sich nachfolgend zeigen wird, enthalten die revidierten Leitlinien mit ihrem Abschnitt zum Informationsaustausch neben den neusten ökonomischen Erkenntnissen vor allem eine Zusammenfassung der Rechtsprechung der Gemeinschaftsgerichte.

3.4. Rechtsprechung in der EU

3.4.1. Einleitung

Den aufgezeigten Leitlinien kann eine starke Orientierung an der Rechtsprechung entnommen werden, was sich anhand der eingebauten Zitate zeigt. Weiter ist ersichtlich, dass ökonomische Überlegungen darin Eingang gefunden haben. Ihre Darstellung vor der Rechtsprechung wurde aus systematischen Überlegungen gewählt⁸⁷⁶. Dies soll aber nicht darüber hinweg täuschen, dass am Anfang sämtlicher rechtlicher Einordnungsversuche des Informationsaustauschs Grundsatzentscheide der Gemeinschaftsgerichte stehen, auf die nachfolgend einzugehen sein wird.

3.4.2. John Deere und Finnboard

Bereits in den Achtzigerjahren hatte die Kommission die Möglichkeit, sich zur Zulässigkeit eines Informationsaustauschs zu äussern. Aber auch schon früher war dies im Rahmen der Beurteilung von Kooperationen ein Thema, wobei in

874 Vgl. LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 89, mit dem Hinweis, dass in stabilen, engen Oligopolen selbst bei aggregierten Daten eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung erzielt werden könne. Diese Feststellung scheint auf eine mögliche *Trigger-Strategie* Bezug zu nehmen (vgl. dazu vorstehend § 11 Ziff. 3.2.1).

875 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 95 ff.

876 Leitlinien (bzw. Bekanntmachungen – die Kommission verwendet vermehrt den Begriff »Leitlinien«) haben zwar keine normative Wirkung, aber immerhin stellen sie (von einer Behörde) niedergeschriebene Grundsätze dar, die sich aufgrund ihrer generell abstrakten Natur von individuell-konkreten Praxisfällen (Gerichtsentscheidungen) unterscheiden. Diese Abstraktheit haben sie mit Gesetzen gemeinsam, selbst wenn sie nicht bindend sind (RITTER, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 83 N 8).

der Folge relevante Faktoren herausgearbeitet wurden, die bei der Prüfung eines Informationsaustauschs zwischen Wettbewerbern zu berücksichtigen waren bzw. sind (insb. »Marktstruktur« und »Art der ausgetauschten Information«)⁸⁷⁷. Im Jahre 1992 aber verbot die Kommission – so weit ersichtlich – erstmals ein System des Informationsaustauschs, das weder unmittelbar die Preise betraf noch eine andere wettbewerbswidrige Abrede unterstützte. Hierbei handelte es sich um den John-Deere-Fall, der schliesslich im Oktober 1994 durch das Gericht erster Instanz (heute: Europäisches Gericht) und im Mai 1998 durch den EuGH entschieden wurde⁸⁷⁸. Im gleichen Monat dieses Jahres erging auch das Urteil des EuG im Finnboard-Fall⁸⁷⁹, das ebenfalls einen Informationsaustausch zum Gegenstand hatte.

Während es im Finnboard-Fall um den Austausch von Preis- und Mengeninformationen anlässlich von Treffen in unternehmensübergreifenden Projekt- oder Leitungsgruppen ging, betraf der John-Deere-Fall den Austausch von Informationen im Rahmen eines Berufsverbandes. Das System bestand in der Auswertung und Weiterleitung von entsprechenden Daten, bei denen es sich um Gesamtabsatzzahlen handelte. Diese waren nach räumlichen und zeitlichen Kriterien aufgeschlüsselt. Gleiches galt für Absatzzahlen und Marktanteile der am System beteiligten Konkurrenten; selbst Angaben von nicht teilnehmenden Wettbewerbern oder von eigenen Händlern wurden weitergeleitet. Beachtlich war auch, dass das System grösstenteils »geschlossen« war, und zwar insofern, als dass der Öffentlichkeit nur sehr viel stärker aggregierte Informationen zur Verfügung gestellt wurden⁸⁸⁰. Alle am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen deckten rund 87 bis 88% des Marktes ab, wobei die vier grössten Beteiligten über 75% auf sich vereinigten. Im Rahmen des Verbandes wurde sodann auch ein Ausschuss geschaffen, der aus je einem Vertreter eines Teilnehmers bestand und der das Austauschsystem verwaltete⁸⁸¹.

Der EuGH definierte zunächst den Rahmen, innerhalb dessen er den damaligen Art. 85 Abs. 1 EGV (Art. 81 Abs. 1 EGV bzw. heute Art. 101 AEUV) auslegen wollte. Er hielt fest, dass eine abgestimmte Verhaltensweise durch zwei Kriterien bestimmt werde, nämlich durch die Koordinierung und die Zusammenarbeit. Hierzu werde nach der Rechtsprechung nicht die Ausarbeitung eines

877 Vgl. diesbezüglich WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren, S. 164 ff., mit diversen Hinweisen, namentlich auch auf den Zellstoff-Fall (EuGH vom 27. September 1988, Rs. C-89/85 u.a. – Wood Pulp, Slg. 1988, 5193); dazu auch CABALLERO SANZ, Information Exchange Mechanisms, S. 28 ff.

878 EuGH vom 28. Mai 1998, Rs. C-7/95 P – John Deere, Slg. 1998, I-3111, insb. Rz 67.

879 EuG vom 14. Mai 1998, Rs. T-338/94 – Finnboard, Slg. 1998, II-1617.

880 WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren, S. 166 f.

881 EuGH vom 28. Mai 1998, Rs. C-7/95 P – John Deere, Rz 2 ff.; WAGNER-VON PAPP, Marktinformatiionsverfahren, S. 166.

eigentlichen Plans verlangt. Unter dem Blickwinkel des Grundgedankens der europäischen Wettbewerbsvorschriften, wonach jeder Unternehmer selbständig zu bestimmen habe, welche Politik er auf dem Gemeinsamen Markt betreiben und welche Bedingungen er seiner Kundschaft gewähren wolle, sei jedoch jede Fühlungnahme zwischen Unternehmen untersagt, die bezwecke oder bewirke, dass Wettbewerbsbedingungen entstünden, die im Hinblick auf die Art der Waren oder erbrachten Dienstleistungen, die Bedeutung und Zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen Bedingungen dieses Marktes entsprächen. Das Selbständigkeitspostulat schränke somit nicht das Recht der Unternehmen ein, sich einem einmal festgestellten oder erwarteten Verhalten des Konkurrenten anzupassen⁸⁸².

Weiter stützte der EuGH die Argumentation des Europäischen Gerichts, wonach der Austausch von bestimmten Informationen auf einem hochgradig konzentrierten oligopolistischen Markt geeignet sei, den Wettbewerbern Aufschluss über die Marktpositionen und die Strategien der Konkurrenten zu geben und damit den noch bestehenden Wettbewerb zwischen ihnen spürbar zu beeinträchtigen. Das Europäische Gericht hat nicht nur die Art und die Regelmässigkeit, sondern auch die Adressaten der übermittelten Informationen berücksichtigt. Im konkreten Fall wurden Umsatzinformationen ausgetauscht. Diese als Geschäftsgeheimnisse zu qualifizierenden Angaben würden es zulassen, auf die Umsätze der Händler ausserhalb und innerhalb des zugeteilten Gebietes sowie die Umsätze der an der Vereinbarung beteiligten konkurrierenden Unternehmen und deren Händler zu schliessen. Hinzu kam, dass diese Informationen systematisch und in kurzen zeitlichen Abständen weitergegeben wurden und der Austausch nur zwischen den wichtigsten Anbietern und ausschliesslich zu deren Nutzen unter Ausschluss der übrigen Wettbewerber und auch der Verbraucher erfolgte. Damit verringerte oder beseitigte das Informationsaustauschsystem gemäss EuGH die Ungewissheit über das Marktgeschehen und beeinträchtigte daher den Wettbewerb unter den Herstellern⁸⁸³.

Zu beachten ist, dass beide Gerichte die Auffassung der Kommission teilten, dass die Auswirkungen des Informationsaustauschs nicht anhand von Marktergebnissen nachgewiesen werden müssten. Vielmehr reichten bereits rein potentielle wettbewerbswidrige Auswirkungen, wenn diese nur hinreichend spürbar seien. Danach ist somit keine Marktergebnisbetrachtung notwendig, sondern es

882 EuGH vom 28. Mai 1998, Rs. C-7/95 P – John Deere, Rz 86 ff.; diese Feststellung stützt sich letztlich auf die insbesondere im Fall *Suiker Unie* begründete Rechtsprechung, vgl. EuGH vom 16. Dezember 1975, Rs. 40 u.a./73 – *Suiker Unie*.

883 EuGH vom 28. Mai 1998, Rs. C-7/95 P – John Deere, Rz 88 f.

genügt der Nachweis der möglichen Beeinträchtigung über die charakteristischen Merkmale des Marktes⁸⁸⁴.

Die beiden Gemeinschaftsgerichte stützten mit ihren Entscheiden vor allem drei Punkte in der Argumentation der Kommission: Erstens die Feststellung, dass Ungewissheit und Geheimhaltung zwischen Wettbewerbern wichtige Faktoren zur Gewährleistung des Wettbewerbs auf dem Markt darstellten. Wettbewerb erfordere die Möglichkeit zur Geheimhaltung der eigenen Strategie. Zweitens die Tatsache, dass ein exklusives Informationsaustauschsystem eine Marktzutrittsbarriere für neue Anbieter darstellen könne. Drittens der Umstand, dass das wirtschaftliche Umfeld, die Struktur des Marktes und die Art der ausgetauschten Informationen unter Umständen den Schluss auf eine Einschränkung des Wettbewerbs zuließen, ohne dass es dazu eines positiven Nachweises bedürfe⁸⁸⁵.

Der Austausch von Informationen wurde demnach als Fühlungnahme zwischen Wettbewerbern qualifiziert, mit der die Unsicherheit auf dem Markt insofern beseitigt werden konnte, als dass das Marktverhalten der Gegenseite aufgezeigt oder das eigene mitgeteilt wurde. Weil der Markt zudem als hochgradig konzentriert und oligopolistisch qualifiziert werden musste und einige Wettbewerber sowie die Abnehmer vom regelmässigen und häufigen Austausch nicht profitieren konnten, durfte von spürbaren potentiell wettbewerbswidrigen Auswirkungen auf den Wettbewerb ausgegangen werden. Weil eine Fühlungnahme, die derartige Auswirkungen zeitigt (bewirkt), gegen Art. 101 AEUV (Art. 85 bzw. 81 EGV) verstösst, konnte der Informationsaustausch als solcher untersagt werden.

3.4.3. Anic Partecipazioni

Nur gerade ein Jahr später kam es zum Polypropylen-Entscheid⁸⁸⁶. Der Polypropylenmarkt wurde vor 1977 von zehn Herstellern beliefert, wobei vier davon rund 64% Marktanteile hatten. Anic war ein mittelgrosser Hersteller mit einem Marktanteil zwischen 2,7 und 4,2%. Nach Auslaufen der Hauptpatente kamen 1977 weitere Hersteller hinzu. Dies führte zu einem Anstieg der Produktion, ohne dass sich aber die Nachfrage entsprechend erhöht hätte. Anhand des entdeckten Beweismaterials stellte die Kommission zunächst fest, dass die Her-

884 Vgl. EuGH vom 28. Mai 1998, Rs. C-7/95 P – John Deere, Rz 72 ff.; vgl. auch WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 169, m.w.H.

885 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 169, mit den Hinweisen auf den Entscheid der Kommission vom 17. Februar 1992, abgedruckt in ABIEG vom 13. März 1992, Nr. L 68, S. 19 ff.

886 EuGH vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Slg. 1999, I-4125.

steller von 1977 bis 1983 durch »Preisinitiativen« regelmässig Zielpreise festgesetzt und ein System jährlicher Mengenkontrollen entwickelt hätten, um den Markt nach vereinbarten Prozentsätzen oder Mengen unter sich aufzuteilen. Diese Abstimmungen seien durch Festlegung der Preise (Ziel- oder Mindestpreise) über eine bestimmte Dauer oder eines jährlichen Absatzziels sowie durch gleichzeitige Preiserhöhungen, vor allem aber auch durch den Austausch von Einzelangaben über Verkäufe und die Erörterung sowie die Festlegung der Geschäftspolitik an geheimen Sitzungen erfolgt, wobei diese regelmässig – von Anfang 1981 an zweimal monatlich – stattgefunden hätten⁸⁸⁷.

Die sich hinter diesen Vorgängen verbergende ökonomische Problematik ist bezeichnend. War der Markt bis 1977 aufgrund von Patenten für weitere Lieferanten bzw. Hersteller unzugänglich, änderte sich dies in der Folge drastisch durch den Markteintritt weiterer Konkurrenten, was sich namentlich beim Auslastungsgrad der Produktionskapazität zeigt: Nach 1977 waren die Unternehmen lediglich noch zu 60% ausgelastet. Aufgrund der Markteintritte erhöhte sich das Angebot, ohne dass es aber zu einem Anstieg der Nachfrage gekommen wäre. Dies musste – ohne Abstimmung – unweigerlich zu einer Senkung der Preise führen. Die beteiligten Wettbewerber versuchten dies, wie gezeigt, durch die Festlegung von Preisen oder durch die Einschränkung der Produktion zu verhindern. Mittel zur Erreichung dieses Ziels war unter anderem auch der Austausch von Strategieinformationen, Verkaufs- und Produktionsangaben.

Der Polypropylenentscheid der Kommission, mit welchem den Beteiligten eine Vereinbarung und eine abgestimmte Verhaltensweise nachgewiesen wurden, zog Anic zunächst an das Europäische Gericht und danach an den EuGH weiter. Dieser hatte schliesslich diverse Fragen zu klären. Gegenstand des Entscheids war zum einen die Abgrenzung der Vereinbarung von der abgestimmten Verhaltensweise. In diesem Zusammenhang stellte der EuGH – entgegen dem Entscheid der Vorinstanz – klar, dass der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise neben der Abstimmung zwischen den Wettbewerbern zusätzlich ein der Abstimmung entsprechendes Marktverhalten und einen ursächlichen Zusammenhang zwischen beiden voraussetze. Allerdings gelte die (widerlegbare) Vermutung, dass die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen würden. Dies sei umso mehr der Fall, wenn die Abstimmung über längere Zeit regelmässig stattfinde. Hinzu komme, dass das Marktverhalten zwar vorauszusetzen sei, dieses sich aber nicht notwendigerweise konkret in einer Einschränkung, Verhinderung oder Verfälschung des Wettbewerbs auswirken müsse⁸⁸⁸.

887 EuGH vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Rz 5 ff. und 15 ff.

888 EuGH vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Rz 118 und 121 ff.

Die zweite wichtige, zu klärende Frage war die Beurteilung eines ganzen Handlungskomplexes. Oftmals, wie auch im konkreten Fall, interagieren Wettbewerber auf verschiedenen Ebenen. Dabei stellt sich das Problem, wie sich allfällige Vereinbarungen, ein Informationsaustausch oder andere Abstimmungen zueinander verhalten und welchem Unternehmen welche Handlungen zugerechnet werden können. Der EuGH stellte klar, dass der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise neben denjenigen der Vereinbarungen zwischen Unternehmen und der Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen stehe, um dadurch verschiedene Formen der Koordinierung und der Kollusion zu erfassen. »Daraus ergibt sich indessen nicht, dass mehrere Handlungen mit ein und demselben wettbewerbswidrigen Ziel, von denen jede für sich betrachtet den Begriff ›Vereinbarung‹, ›abgestimmte Verhaltensweise‹ oder ›Beschluss von Unternehmensvereinigung‹ erfüllt, nicht unterschiedliche Ausdrucksformen einer einzigen Zuwiderhandlung sein können«. Daher könne eine Reihe von Verhaltensweisen mehrerer Unternehmen Ausdruck einer komplexen einheitlichen Zuwiderhandlung sein, die teils den Begriff der Vereinbarung, teils den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise erfülle⁸⁸⁹. In subjektiver Hinsicht würden alle Zuwiderhandlungen Formen der Kollusion erfassen, die in ihrer Art übereinstimmen, doch würden sie sich in ihrer Intensität und ihren Ausdrucksformen unterscheiden. Die beiden Tatbestände umfassten somit teilweise unterschiedliche Merkmale, doch seien sie deshalb nicht etwa unvereinbar. Festgestellte Handlungen müssten somit nicht zwingend entweder als Vereinbarung oder als abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert werden⁸⁹⁰.

Schliesslich hatte sich der EuGH mit der Zurechenbarkeit von Handlungen aus einem ganzen Komplex verschiedener Verhaltensweisen und Unternehmen zu befassen. Anic brachte vor, der EuG habe sie unzulässigerweise als verantwortlich für das gesamte den beteiligten Unternehmen zuzurechnende Verhalten angesehen, obwohl ihr einzelne Zuwiderhandlungen unmöglich zur Last gelegt werden könnten⁸⁹¹. Der EuGH anerkannte, dass diese Verantwortlichkeit aufgrund ihrer Art und der Art und Schwere der Sanktion grundsätzlich von persönlicher Natur sei. Es sei jedoch zu beachten, dass sich Vereinbarungen und abgestimmte Verhaltensweisen notwendigerweise aus einem Zusammenwirken mehrerer Unternehmen ergäben, die alle Mittäter an der Zuwiderhandlung seien. Die Beteiligung des einzelnen Unternehmens könne allerdings aufgrund seiner Stellung auf und den Merkmalen des betroffenen Marktes wie auch aufgrund der

889 EuGH vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Rz 112 ff.

890 EuGH vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Rz 131 f.; vgl. dazu ähnlich EuG vom 15. März 2000, Rs. T-25/95 – Cimenteries CBR et al., Slg. 2000, II-491, insb. Rz 1849 ff. und 4029 ff.

891 EuGH vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Rz 72.

verfolgten Ziele und der gewählten oder vorgesehenen Art und Weise der Durchführung verschiedene Formen aufweisen. Diese Unterschiedlichkeiten könnten nun aber nicht zu einem Ausschluss der Verantwortlichkeit führen. Vielmehr wäre es gekünstelt, ein durch ein einziges Ziel gekennzeichnetes kontinuierliches (und gesamthaftes) Verhalten zu zerlegen und darin mehrere selbständige Zuwiderhandlungen zu sehen. Wenn ein Unternehmen durch eigene wettbewerbswidrige Verhaltensweisen an der Verwirklichung der Zuwiderhandlung in ihrer Gesamtheit mitwirke und sich so auch an dieser beteilige, müsse es sich für die Zeit dieser Beteiligung das Verhalten der anderen Unternehmen im Rahmen der Zuwiderhandlung zurechnen lassen. Dies gelte dann, wenn das betreffende Unternehmen nachweislich vom rechtswidrigen Verhalten der anderen Beteiligten gewusst habe oder es vernünftigerweise hätte vorhersehen können und bereit gewesen sei, die daraus erwachsende Gefahr auf sich zu nehmen. Liege eine solche Konstellation vor, werde das Prinzip der persönlichen Verantwortlichkeit nicht verletzt⁸⁹².

Dem Polypropylen-Entscheid können zusammengefasst die folgenden Voraussetzungen für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise bei der Beurteilung eines Informationsaustauschs entnommen werden: Neben der Abstimmung zwischen den Wettbewerbern ist stets ein der Abstimmung entsprechendes Marktverhalten erforderlich. Zwischen Abstimmung und Verhalten muss ein ursächlicher Zusammenhang bestehen. Dieser Zusammenhang wird vermutet. Diese Vermutung kann allerdings widerlegt werden. Das Marktverhalten ist zwar vorauszusetzen, doch muss sich dieses nicht notwendigerweise tatsächlich in einer Einschränkung, Verhinderung oder Verfälschung des Wettbewerbs auswirken. Auch ein gesamter Verhaltenskomplex mehrerer Unternehmen kann als »Vereinbarung und abgestimmte Verhaltensweise« qualifiziert werden; die Handlungen der übrigen Beteiligten können unter Umständen einem anderen Unternehmen zugerechnet werden.

3.4.4. Tate & Lyle u.a.

Rund zwei Jahre später kam ein Fall aus dem Zuckermarkt zur Beurteilung durch das EuG⁸⁹³. Gegenstand des Verfahrens waren unter anderem 18 Sitzungen über die Preise für Gewerbezucker, an denen verschiedene Vertreter der wichtigsten Zuckerhändler in Grossbritannien teilnahmen. In diesen Sitzungen informierte British Sugar, der Marktführer, alle Teilnehmer über seine künftigen Preise. Bei

892 EuGH vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Rz 78 ff.; vgl. auch EuGH vom 7. Januar 2004, Rs. C-204/00 – Aalborg Portland, Slg. 2004, Rz 281 ff.

893 EuG vom 12. Juli 2001, T-202/98 und weitere – Tate & Lyle u.a.

einer dieser Zusammenkünfte übergab British Sugar den übrigen Teilnehmern auch eine Liste mit seinen Preisen für Gewerbezucker im Verhältnis zu den Abnahmemengen. Ausserdem kamen Tate & Lyle und British Sugar mehrere Male zusammen, um die Preise für Haushaltszucker zu erörtern. Bei drei Gelegenheiten übergab British Sugar Tate & Lyle seine Preislisten, einmal fünf und einmal zwei Tage vor deren offizieller Bekanntgabe⁸⁹⁴.

Das EuG erinnerte daran, dass ein Unternehmen mit seiner Teilnahme an Sitzungen mit wettbewerbsfeindlichem Zweck nicht nur das Ziel verfolge, im Voraus die Ungewissheit über das künftige Verhalten seiner Konkurrenten zu beseitigen, sondern bei der Festlegung seines Marktverhaltens zwangsläufig auch unmittelbar oder mittelbar die erhaltenen Informationen berücksichtigen werde. Diese Feststellung gelte selbst dann, wenn die Teilnahme eines oder mehrerer Unternehmen an solchen Sitzungen nur in der Entgegennahme von Informationen über das künftige Verhalten ihrer Konkurrenten auf dem Markt bestehe⁸⁹⁵.

3.4.5. Thyssen Stahl

Im Jahre 2003 hatte der EuGH einen Fall aus der Stahlindustrie zu beurteilen⁸⁹⁶. Ähnlich wie im Polypropylenfall kam es 1974 auf dem relevanten Markt zu sinkenden Preisen. Zwar beruhte auch hier die Senkung auf einem Überangebot bzw. auf Überkapazitäten, in diesem Fall aber ausgelöst durch einen Nachfragerückgang. Die Krise wurde als derart gravierend betrachtet, dass behördlich interveniert und verbindliche Produktionsquoten festgesetzt werden mussten. Die Regelung lief allerdings 1988 aus und wurde zunächst durch ein Überwachungssystem mit regelmässigen Kontakten zwischen Unternehmen und Behörden, im Jahre 1999 schliesslich durch eine individuelle und freiwillige Informationsregelung ersetzt. Davor führte die Kommission bei Unternehmen und Verbänden des Stahlsektors Nachprüfungen durch und stellte (bereits) im Februar 1994 Zuwiderhandlungen gegen die damaligen Wettbewerbsvorschriften fest. Gegenstand des Entscheides waren eine Reihe von Vereinbarungen, Beschlüssen und verabredeten Praktiken zur Festsetzung von Preisen, zur Marktaufteilung und zum Austausch vertraulicher Informationen durch 17 europäische Stahlunternehmen, wobei die zehn grössten Unternehmen über zwei Drittel der Marktanteile verfügten, und einen ihrer Wirtschaftsverbände⁸⁹⁷.

894 EuG vom 12. Juli 2001, T-202/98 und weitere – Tate & Lyle u.a., Rz 6 ff.

895 EuG vom 12. Juli 2001, T-202/98 und weitere – Tate & Lyle u.a., Rz 58.

896 EuGH vom 2. Oktober 2003, Rs. C-194/99 P – Thyssen Stahl, Slg. 2003, I-10821.

897 Zum Sachverhalt vgl. EuGH vom 2. Oktober 2003, Rs. C-194/99 P – Thyssen Stahl, Rz 2–7 und 69.

Nachdem sich im März 1999 zuerst das Europäische Gericht mit dem Fall befasst hatte, zog die Thyssen Stahl AG den Entscheid an den EuGH weiter, der das Verfahren mit Urteil vom 2. Oktober 2003 erledigte. Zentraler Punkt war wiederum die Frage, inwieweit Informationsaustauschsysteme als eigenständige Zuwiderhandlungen gegen die Wettbewerbsbestimmungen betrachtet werden können, mit der Konsequenz, dass sich die wettbewerbsbeschränkende Wirkung des Austauschs aus ihm selbst und gegebenenfalls aus der allgemeinen Marktstruktur ergeben müsste, nicht aber aus der Verbindung des Informationsaustauschsystems mit einem (angeblichen) Preiskartell⁸⁹⁸. Der EuGH hielt zunächst erneut fest, dass Markttransparenz unter den Wettbewerbern grundsätzlich wettbewerbsfördernde Wirkung haben könne, solange der Markt tatsächlich vom Wettbewerb geprägt sei. Denn in einer solchen Situation sei der Umstand, dass ein Wettbewerber Informationen über das Marktgeschehen, über die er dank des Informationsaustauschs verfüge, zwecks Verhaltensanpassung berücksichtige, angesichts der Zersplitterung des Angebots nicht geeignet, die Ungewissheit über das künftige Verhalten der Konkurrenten zu verringern oder zu beseitigen. Hingegen sei der Austausch von bestimmten Informationen auf einem *hochgradig konzentrierten* oligopolistischen Markt geeignet, den Wettbewerbern Aufschluss über die Marktposition ihrer Konkurrenten und deren Strategie zu geben. Damit werde es möglich, den noch bestehenden Wettbewerb zwischen den Wirtschaftsteilnehmern *spürbar* zu beeinträchtigen⁸⁹⁹.

Diese Feststellungen dienten wie im John-Deere-Fall als Ausgangspunkt für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung des Informationsaustauschs. Der EuGH verwies deshalb im Wesentlichen auf diesen Entscheid und damit auch auf die Untersuchung hinsichtlich der Eigenschaften des Informationsaustauschs (Inhalt der Information, Häufigkeit und Exklusivität des Austauschs). Er stellte aber gleichzeitig klar, dass es sich beim Traktormarkt zwar um einen hochgradig konzentrierten oligopolistischen Markt gehandelt habe, wobei eine ganze Reihe von Kriterien berücksichtigt worden sei. Allerdings sei in Bezug auf die Marktstruktur im Lichte der Rechtsprechung lediglich der Grundsatz beachtlich, dass das Angebot nicht zersplittert sein dürfe. Ein Informationsaustauschsystem könne daher auch dann gegen die Wettbewerbsregeln verstossen, wenn es sich beim relevanten Markt nicht um einen hochgradig konzentrierten oligopolistischen Markt handle. Weil der Grad der Ungewissheit über das Marktgeschehen durch die fraglichen Informationsaustauschsysteme verringert worden sei, habe auch der Schluss gezogen werden dürfen, dass die Systeme die Entscheidungsfreiheit der Teilnehmer erheblich beeinflusst bzw. *spürbar* verringert hätten⁹⁰⁰.

898 EuGH vom 2. Oktober 2003, Rs. C-194/99 P – Thyssen Stahl, Rz 68.

899 EuGH vom 2. Oktober 2003, Rs. C-194/99 P – Thyssen Stahl, Rz 84.

900 EuGH vom 2. Oktober 2003, Rs. C-194/99 P – Thyssen Stahl, Rz 85–89.

Nach der bestätigten und präzisierten Rechtsprechung des EuGH kann demnach der Informationsaustausch als solcher bereits einen Verstoß gegen die Wettbewerbsregeln darstellen. Erforderlich ist zudem nicht das Vorliegen eines hochgradig konzentrierten oligopolistischen Markts, sondern »lediglich« das Fehlen einer Zersplitterung des Angebots.

3.4.6. Asnef-Equifax/Ausbanc

Rund drei Jahre später hatte der EuGH im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens die Zulässigkeit eines Systems zum Informationsaustausch zwischen Finanzinstituten bezüglich der Zahlungsfähigkeit von Kunden zu beurteilen⁹⁰¹. Ausgangspunkt des Verfahrens war ursprünglich ein Rechtsstreit zwischen der Asnef-Equifax und der Ausbanc (Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios), wobei das Vorabentscheidungsersuchen vom spanischen Tribunal Supremo vorgelegt wurde. Gegenstand der Streitigkeit war die Zulässigkeit eines Registers mit dem Zweck, Auskünfte über Zahlungsfähigkeit und Kredite im Wege der elektronischen Verarbeitung von Daten zu geben, welche die von den beteiligten Unternehmen in Ausübung ihrer Darlehens- und Kreditstätigkeit eingegangenen Risiken zum Gegenstand hatten. Die gesammelten Informationen betrafen die Identität und die wirtschaftliche Tätigkeit der Schuldner sowie besondere Situationen wie Konkurse oder Zahlungsunfähigkeit. Dem EuGH wurde insbesondere die Frage vorgelegt, ob Art. 81 Abs. 1 EGV (bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV) dahingehend auszulegen sei, dass ein System zum Austausch von Kreditinformationen wie das fragliche Register unter das Verbot des Art. 81 Abs. 1 EGV falle, und ob es gegebenenfalls, insbesondere wegen eines etwaigen Gewinns, den die Nutzer aus seiner Durchführung ziehen könnten, unter die Ausnahme des Art. 81 Abs. 3 EGV falle⁹⁰².

Der EuGH stellte einleitend fest, dass der Zweck eines solchen Austausches darin bestehe, Kreditgebern aussagekräftige Informationen über vorhandene oder potenzielle Kreditnehmer zur Verfügung zu stellen. Solche Register würden die Kenntnisse der Kreditinstitute über ihre potentielle Kundschaft verbessern, indem sie die Ungleichheit des Informationsstands von Gläubiger und Schuldner

901 EuGH vom 23. November 2006, Rs. C-238/05 – Asnef-Equifax/Ausbanc, Slg. 2006, I-11125. Beim Vorabentscheidungsverfahren entscheidet der EuGH auf Vorlage oder Anrufung des Gerichts über die Auslegung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Damit wird die Einheitlichkeit der Rechtsprechung der Gerichte der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Anwendung des Vertrages sichergestellt. Im EGV war das Verfahren in Art. 234 geregelt, neu ist es in Art. 267 AEUV zu finden.

902 EuGH vom 23. November 2006, Rs. C-238/05 – Asnef-Equifax/Ausbanc, Rz 2, 7 und 26.

verringerten, was die Vorhersehbarkeit der Rückzahlungswahrscheinlichkeit verbessere. Ein solcher Informationsaustausch sei daher grundsätzlich geeignet, die Ausfallquote von Kreditnehmern zu verringern und dadurch den Wirkungsgrad des Kreditangebots zu erhöhen. Damit würden solche Systeme keine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken⁹⁰³.

Alsdann prüfte der EuGH, ob das besagte Register hingegen eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bewirken kann. Dabei hielt er zum Grundsätzlichen fest, »dass die Beurteilung der Wirkungen von Vereinbarungen oder Verhaltensweisen im Hinblick auf Artikel 81 EG[V] eine Berücksichtigung des jeweiligen konkreten Rahmens erforder[e], nämlich des wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhangs, in dem die betreffenden Unternehmen tätig [seien], der Natur der betroffenen Waren und Dienstleistungen, der auf dem betreffenden Markt oder den betreffenden Märkten bestehenden tatsächlichen Bedingungen und der Struktur dieses Marktes oder dieser Märkte«. Immerhin sei erforderlich, dass die zur Diskussion stehende Vereinbarung oder Verhaltensweise den Markt nicht nur geringfügig beeinträchtige⁹⁰⁴.

Vereinbarungen über den Austausch von Informationen, so der EuGH weiter, würden dann gegen die Wettbewerbsregeln verstossen, wenn sie den Grad der Ungewissheit über das fragliche Marktgeschehen verringerten oder beseitigten und dadurch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Unternehmen führten. Diese Folgerung ergebe sich bereits aus dem Grundgedanken des Selbstständigkeitspostulats. Der EuGH wiederholte daher das Verbot jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Wettbewerbern, durch die das Marktverhalten eines tatsächlichen oder potentiellen Wettbewerbers beeinflusst oder ein solcher über das eigene gegenwärtige oder zukünftige Verhalten informiert werde und wenn damit der Zweck verfolgt werde oder die Fühlungnahme bewirke, dass nicht dem Markt entsprechende Bedingungen entstünden⁹⁰⁵.

In der Folge wandte der EuGH diese Grundlagen auf das im Streit stehende Register an. Er bekräftigte, dass sich die Frage nach dessen Vereinbarkeit mit den Wettbewerbsregeln nicht abstrakt beantworten lasse. Vielmehr seien dazu die folgenden Punkte in der Beurteilung zu berücksichtigen: Die auf den betreffenden Märkten herrschenden wirtschaftlichen Bedingungen und die für das Informationsaustauschsystem charakteristischen Eigenschaften, wobei in diesem Zusammenhang an den Zweck des Austauschs, die Zugangsvoraussetzungen und die Bedingungen zur Teilnahme am Informationsaustausch, an die Natur der ausgetauschten Informationen (veröffentlichte, vertrauliche, aggregierte oder detaillierte, historische oder aktuelle) sowie an deren Periodizität und ihre Bedeutung

903 EuGH vom 23. November 2006, Rs. C-238/05 – Asnef-Equifax/Ausbanc, Rz 46 ff.

904 EuGH vom 23. November 2006, Rs. C-238/05 – Asnef-Equifax/Ausbanc, Rz 49 f.

905 EuGH vom 23. November 2006, Rs. C-238/05 – Asnef-Equifax/Ausbanc, Rz 52.

bei der Preisbildung und schliesslich an den Umfang oder die Bedingungen der Leistung zu denken sei⁹⁰⁶. Daher sei beachtlich, dass bei einer »hochgradigen Konzentration des Angebots« der Austausch bestimmter Informationen je nach ihrer Art geeignet sein könne, den Wettbewerbern Aufschluss über Position und Geschäftsstrategie der Konkurrenten auf dem Markt zu geben, wodurch der Wettbewerb auf dem fraglichen Markt verfälscht und die Wahrscheinlichkeit eines kollusiven Zusammenwirkens erhöht oder ein solches erleichtert werden könne. Liege hingegen ein zersplittertes Angebot vor, so könne die Verbreitung und der Austausch von Informationen unter Wettbewerbern neutrale oder sogar positive Wirkung für die Wettbewerbssituation haben. Hinzu komme, dass die Identität der Gläubiger nicht unmittelbar oder mittelbar aufgedeckt werden dürfe, damit die Stellung der Konkurrenten auf dem Markt oder deren Strategie nicht preisgegeben werde. Schliesslich sei wichtig, dass das Register nicht exklusiv sei, mithin allen Wettbewerbern auf dem relevanten Markt gleichermassen zugänglich sei⁹⁰⁷.

Zum Schluss merkte der EuGH an, dass die Vorteile des Registers, namentlich die Vorbeugung der Überschuldung der Kreditnehmer und die grundsätzlich höhere Kreditverfügbarkeit, tatsächlich wirtschaftliche Vorteile darstellen könnten, die allfällige Nachteile einer Wettbewerbsbeschränkung aufzuwiegen geeignet seien, weshalb die Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EGV nicht ausgeschlossen werden könne. Dabei sei wesentlich, dass diese Vorteile der Gesamtheit, nicht aber notwendigerweise jedem einzelnen Verbraucher auf dem relevanten Markt zugute kommen müssten – die Auswirkungen müssten somit insgesamt als günstig betrachtet werden können⁹⁰⁸.

Mit dieser Entscheidung hat der EuGH erneut die wichtigsten Punkte bei der Überprüfung eines Informationsaustauschsystems benannt: Die Frage nach der Beseitigung von Ungewissheiten, die Marktstruktur, die Eigenschaften des Informationsaustauschs und die Zersplitterung des Angebots.

906 EuGH vom 23. November 2006, Rs. C-238/05 – Asnef-Equifax/Ausbanc, Rz 56.

907 EuGH vom 23. November 2006, Rs. C-238/05 – Asnef-Equifax/Ausbanc, Rz 58 ff.

908 EuGH vom 23. November 2006, Rs. C-238/05 – Asnef-Equifax/Ausbanc, Rz 64 ff.; immerhin ist beachtlich, dass der EuGH zunächst feststellte, dass der fragliche Informationsaustausch nicht geeignet sei, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bewirken, da zwar die Ungewissheit über das Ausfallrisiko beseitigt werden könne, nicht jedoch diejenige über die dem Wettbewerb inhärenten Risiken (Rz 61 f.). Die Ausführungen zu Art. 81 Abs. 3 EGV (bzw. neu Art. 101 Abs. 3 AEUV) erfolgten daher unter dem Vorbehalt, dass das vorlegende Gericht hinsichtlich der Wirkung des Informationsaustauschs zu einer anderen Auffassung gelangen könnte.

3.4.7. T-Mobile Netherlands BV u.a.

Ein weiteres Vorabentscheidungsersuchen betraf ein Verfahren zwischen der niederländischen Wettbewerbsbehörde und diversen Mobiltelekommunikationsdienstleistern, unter anderem T-Mobile Netherlands BV⁹⁰⁹. Dem EuGH wurden durch das niederländische Verwaltungsgericht für Handel und Gewerbe drei Fragen vorgelegt: Erstens, welche Kriterien bei der Beurteilung, ob eine abgestimmte Verhaltensweise einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolge, anzuwenden seien. Zweitens, ob der nationale Richter die Rechtsprechung des EuGH zur Kausalitätsvermutung anwenden müsse und drittens, ob diese Vermutung selbst dann gelte, wenn die Abstimmung nur auf einem einzigen Treffen der Wettbewerber beruht habe⁹¹⁰.

Der massgebende Sachverhalt betraf den niederländischen Markt für Mobiltelekommunikationsdienste, auf dem im Jahre 2001 fünf Betreiber über ein eigenes Mobilfunknetz verfügten. Deren Marktanteile betrugen damals gerundet 11, 42, 10, 26 und 11%. Am 13. Juni 2001 trafen sich Vertreter dieser fünf Betreiber, um unter anderem über die Kürzung der Standardvertragshändlervergütungen für Postpaid-Verträge zu diskutieren. Bei diesem Treffen kamen zwischen den Teilnehmern auch vertrauliche Informationen zur Sprache. Mit Entscheid vom 30. Dezember 2002 stellte die niederländische Wettbewerbsbehörde einen Verstoß gegen die (nationalen) Wettbewerbsvorschriften fest und verhängte Geldbussen. Vier der fünf Betreiber schöpften in der Folge den nationalen Instanzenzug aus⁹¹¹.

Entscheidender Punkt im Urteil des EuGH war – neben den Kriterien zur Beurteilung einer abgestimmten Verhaltensweise – vor allem der Kausalzusammenhang zwischen der Abstimmung und dem Verhalten auf dem Markt, mithin die in seiner Rechtsprechung aufgestellte Vermutung, wonach die an der Abstimmung beteiligten und nach wie vor auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen vorbehaltlich des den betroffenen Unternehmen obliegenden Gegenbeweises bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigten, was insbesondere dann gelte, wenn die Abstimmung über einen längeren Zeitraum regelmässig stattfinde⁹¹².

Der EuGH wies zunächst in Bestätigung seiner Rechtsprechung darauf hin, dass jeder Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolge, sofern er geeignet sei, die Unsicherheiten hinsichtlich

909 EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Slg. 2009, I-4529.

910 EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 22.

911 EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 9 ff.

912 EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 21.

des von den betreffenden Unternehmen ins Auge gefassten Verhaltens auszuräumen. Sodann präzisierte er, dass es nur auf die Geeignetheit ankomme, dass der Informationsaustausch zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs führen könne. Daher sei lediglich das Potential, negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zu entfalten, von Relevanz. Hierzu könne je nach Struktur des Marktes bereits eine einzige Kontaktaufnahme ausreichen, um es den beteiligten Wettbewerbern zu ermöglichen, ihr Marktverhalten abzustimmen. Dies sei zumindest dann der Fall, wenn es um einen einzigen Wettbewerbsparameter gehe. Entscheidend sei damit weniger, wie viele Treffen es zwischen den Konkurrenten gegeben habe, sondern vielmehr die Frage, ob der Kontakt anlässlich dieser Treffen es ihnen ermöglicht habe, die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Verhaltens auf dem jeweiligen Markt zu berücksichtigen und eine praktische Zusammenarbeit an die Stelle der mit dem Wettbewerb verbundenen Risiken treten zu lassen. Die Unterscheidung zwischen bezweckten und bewirkten Verstößen liege darin, dass bestimmte Formen der Kollusion zwischen Wettbewerbern schon ihrer Natur nach als schädlich für das gute Funktionieren des normalen Wettbewerbs angesehen würden. Allerdings sei zuerst stets der eigentliche Zweck der abgestimmten Verhaltensweise in Betracht zu ziehen, wobei die wirtschaftlichen Begleitumstände ihrer Durchführung zu berücksichtigen seien. Erst wenn die Überprüfung *des Inhalts* keine hinreichende Beeinträchtigung des Wettbewerbs ergebe, seien die Auswirkungen der Verhaltensweise zu untersuchen. Diesfalls müssten für eine Subsumption unter die Wettbewerbsvorschriften Voraussetzungen vorliegen, aus denen insgesamt der Schluss gezogen werden könne, dass der Wettbewerb *tatsächlich* spürbar verhindert, eingeschränkt oder verfälscht werde⁹¹³. Der EuGH äusserte sich sodann auch zur Frage der Wettbewerbswidrigkeit eines Informationsaustauschs, wenn dieser nicht direkt mit den Verbraucherpreisen in Zusammenhang stehe. Dabei stellte er klar, dass dem Wortlaut von Art. 81 Abs. 1 EGV (bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV) nicht entnommen werden könne, dass abgestimmte Verhaltensweisen nur dann verboten wären, wenn sie sich unmittelbar auf die Verbraucherpreise auswirkten. Vielmehr genüge nach der Gesetzesbestimmung auch eine mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen. Zusammenfassend hielt der EuGH daher fest:

»Angesichts der vorstehenden Erwägungen ist auf die erste Frage zu antworten, dass eine abgestimmte Verhaltensweise einen wettbewerbswidrigen Zweck im Sinne des Art. 81 Abs. 1 EGV verfolgt, wenn sie aufgrund ihres Inhalts und Zwecks und unter Berücksichtigung ihres rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs konkret geeignet ist, zu einer

913 Zum Ganzen vgl. EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 28 ff.

Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes zu führen. Es ist weder erforderlich, dass der Wettbewerb tatsächlich verhindert, eingeschränkt oder verfälscht wurde, noch, dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen diesem abgestimmten Verhalten und den Verbraucherpreisen besteht. Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern verfolgt einen wettbewerbswidrigen Zweck, wenn er geeignet ist, Unsicherheiten hinsichtlich des von den betreffenden Unternehmen ins Auge gefassten Verhaltens auszuräumen.«⁹¹⁴

Im Übrigen erinnerte der EuGH an die Voraussetzungen für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise: Abstimmung und entsprechendes Marktverhalten, Kausalzusammenhang zwischen Abstimmung und Verhalten und dessen Vermutung⁹¹⁵.

Zusammenfassend können somit zwei Punkte dem Entscheid in Sachen T-Mobile u.a. entnommen werden: Erstens ist ein Informationsaustausch dann wettbewerbswidrig, wenn er geeignet ist, die Ungewissheit über das Verhalten der Konkurrenten zu beseitigen oder ihren Grad zu verringern und dadurch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Wettbewerbern führen kann. Diesfalls kann ein Parallelverhalten eine abgestimmte Verhaltensweise mit wettbewerbswidrigem Zweck darstellen, wobei dann die tatsächliche Wirkung nicht mehr von Bedeutung ist. Gleichzeitig ist der Kausalzusammenhang zwischen dem festgestellten Marktverhalten und der Abstimmung zu vermuten, was selbst dann gilt, wenn lediglich ein einziges Treffen zwischen den Unternehmen stattgefunden hat.

4. Der Informationsaustausch in den USA

4.1. Guidelines

Ähnlich wie in der EU oder in der Schweiz kennen auch die USA so genannte Guidelines zwecks Darstellung ihrer Praxis. Auch hier haben diese keine normative Wirkung. Für den Informationsaustausch von Bedeutung sind die »Guidelines for Collaborations among Competitors« und die aus dem Jahr 1996 stammenden Stellungnahmen speziell zum Gesundheitsbereich, die »Statements of Antitrust Enforcement Policy in Health Care«. Wie die europäischen horizontalen Leitlinien werden in diesen Guidelines bzw. Statements Faktoren zur Beurteilung eines Informationsaustauschs aufgezeigt.

914 EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 36 ff., insb. Rz 43.

915 EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 51 ff.

4.2. Rechtsprechung in den USA

Im Rahmen dieser Arbeit wird auf eine detaillierte Darstellung der US-Rechtsprechung im Bereich des Informationsaustauschs verzichtet. Beispielhaft kann jedoch der Fall *United States v. Container Corporation of America et al.* aus dem Jahre 1969 genannt werden⁹¹⁶. Gegenstand des Verfahrens war eine Zivilklage, die, nachdem sie der District Court abgewiesen hatte, auf Berufung hin durch den Supreme Court zu entscheiden war. Dieser hielt fest, dass im Gegensatz zu bisherigen Verfahren keine Vereinbarung über den Preis vorliege, sondern lediglich ein Austausch von Preisinformationen über spezifische Transaktionen. Die Wettbewerber hätten (auf jeweilige Anfrage hin) die Informationen preisgegeben mit der Erwartung auf »Gegenrecht«. Anders als beispielsweise im *Maple-Flooring-Fall*⁹¹⁷, in dem ein statistischer Bericht über die durchschnittlichen Kosten allen am Austausch beteiligten Wettbewerbern zur Verfügung gestellt wurde, der eine Identifikation spezifischer Transaktionen nicht zuließ, oder im *Cement-Manufacturers-Fall*⁹¹⁸, in dem der Informationsaustausch den Zweck verfolgte, »Zement-Fehllieferungen« an die Kunden zu verhindern und somit die vertragsgemässe Erfüllung zu gewährleisten, liege im vorliegenden Fall nichts dergleichen vor. Daher sei der Informationsaustausch als »concerted action« zu qualifizieren, die ausreiche, um eine »combination or conspiracy« zu etablieren, was eine Verletzung von § 1 Sherman Act darstelle. Selbstverständlich sei es möglich gewesen, vom Informationsaustausch zurückzutreten, doch wenn eine Partei Informationen verlangt und erhalten habe, dann sei davon auszugehen, dass sie damit gleichzeitig den Willen kundgetan habe, aktuelle Informationen auch von sich selber bei Bedarf preisgeben zu wollen. Daran ändere auch die Tatsache nichts, dass keine Regelmässigkeit im Austausch bestanden habe und die Informationen teilweise auch über andere Kanäle hätten beschafft werden können. Vielmehr habe das System dazu geführt, dass die Informationen immer dann erhältlich gewesen seien, wenn sie gebraucht worden seien⁹¹⁹.

Zusammenfassend kann an dieser Stelle hinsichtlich der Grundtendenzen im US-amerikanischen Recht festgehalten werden, dass der Supreme Court bei seinen Entscheiden jeweils von zwei unterschiedlichen wettbewerbspolitischen Leitbildern beeinflusst war: Wirtschaftliche Handlungsfreiheit contra ergebnisorientiertes Idealbild der vollständigen Konkurrenz. Immerhin sprach der Supreme Court die Problematik an, wann Umstände vorliegen würden, aufgrund de-

916 *United States vs. Container Corp.*, 393 U.S. 333 (1969).

917 *Maple Flooring Mfrs. Assn. vs. United States*, 268 U.S. 563; vgl. auch AZCUENAGA, *Information Exchanges*, S. 42 f.

918 *Cement Manufacturers Association vs. United States*, 268 U.S. 588.

919 Vgl. *United States vs. Container Corp.*, 393 U.S. 333 (1969).

rer davon auszugehen sei, dass sich durch den Informationsaustausch eine Verhaltenskoordinierung unweigerlich ergeben würde. Damit verwies das oberste Gericht auf die Tatsache, dass verschiedenste Faktoren zu berücksichtigen sind. Ähnlich wie die Kommission erklärte der Supreme Court, dass vor allem die Marktstruktur und die Art der ausgetauschten Informationen beachtlich seien. Mit dem Faktorentest, also der Berücksichtigung sämtlicher Faktoren, die letztlich stets in einer Gesamtbetrachtung endet, konnten die obgenannten wettbewerbspolitischen Strömungen berücksichtigt werden, ohne dass sich das Gericht zu vorherigen Entscheiden hätte in einen Widerspruch setzen müssen⁹²⁰. Die Gesamtbetrachtung bewirkt schliesslich eine Beurteilung des Informationsaustauschs unter der »rule of reason« gemäss Section 1 des Sherman Act, 15 U.S.C. § 1. Immerhin dürfte wohl gelten, dass es kein per-se-Verbot gibt für den Informationsaustausch, wobei auf oligopolistischen Märkten und bei einem Austausch von Informationen von auf diesem Markt bedeutsamen Wettbewerbsparametern allerdings eher von einer Unzulässigkeit auszugehen ist⁹²¹. Anzumerken bleibt, dass wohl auch im US-Recht der Informationsaustausch als solcher immerhin – und dies unabhängig vom wettbewerbspolitischen Leitbild – stets auch als Indiz für eine ihm zugrunde liegende Wettbewerbsabsprache dienen kann.

920 Vgl. zum Ganzen WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 162 f., mit einer Besprechung der einzelnen Entscheide, insbesondere *Hardwood, Maple Flooring* und *Gypsum*. Gleiches gilt für POSNER, Antitrust Law, S. 162 ff.; zur US-Rechtsprechung weiter auch AZCUENAGA, Information Exchanges, S. 40 ff.

921 WHISH, Information Agreements, S. 26; AZCUENAGA, Information Exchanges, S. 46 f.; vgl. auch den Hinweis im Report der FTC, *Entering the 21st Century: Competition Policy in the World of B2B Electronic Marketplaces*, Oktober 2000 (abrufbar unter <http://www.ftc.gov/os/2000/10/b2breport.pdf>; nachfolgend FTC REPORT B2B), Part 3, S. 5 [zuletzt besucht am 1. Oktober 2011].

5. Teil: Der Informationsaustausch als kartellrechtlicher Tatbestand

§ 15 Der Informationsaustausch und seine kartellrechtlichen Anknüpfungspunkte im Allgemeinen

1. Einleitung

1.1. Erkenntnisse aus den vorangehenden Teilen

Die grundlegendste Erkenntnis der vorangehenden Teile könnte wohl sein, dass Informationen nicht nur Unterhaltungswert haben. Vielmehr dienen sie als Grundlage, auf die sich Entscheidungen stützen lassen. Entscheide werden sowohl im privaten als auch im beruflichen und in diesem Sinne wirtschaftlichen Umfeld gefällt. Unter Wirtschaft sind nicht nur Unternehmen als Subjekte zu verstehen, sondern im Sinne eines Ganzen auch sämtliche Handlungen dieser Subjekte. Diese Handlungen können darin bestehen, dass die Bedürfnisse der Menschen analysiert, Produkte oder Dienstleistungen entwickelt und anschließend verkauft werden. In diesem Wirtschaftsprozess sind verschiedene Entscheidungen zu treffen. Welche Bedürfnisse bestehen tatsächlich? Welches Produkt dient der Befriedigung dieser Bedürfnisse? Zu welchem Preis sind die Konsumenten bereit, das Produkt zu kaufen? Entscheide sind daher ohne Weiteres Bestandteile des Wirtschaftslebens.

Als Überbegriff für die Steuerung sämtlicher Handlungen eines Wirtschaftssubjekts, insbesondere auf der Angebotsseite, steht die Geschäftsstrategie. Sie bezieht sich allerdings nicht nur auf die soeben aufgeworfenen Fragen, namentlich auf die Beziehung zwischen Angebot und Nachfrage. Stehen die entscheidenden Unternehmen im Wettbewerb mit anderen, so bestimmt sich der Erfolg der eigenen Strategie in Abhängigkeit des Erfolgs des Konkurrenten. Wettbewerb bedeutet letztlich nichts anderes als der ständige Wettstreit um Überlegenheit, oder mit anderen Worten: Wettbewerb ist das tägliche Bemühen um Kundschaft und Geschäfte⁹²².

Dasjenige Wirtschaftssubjekt wird erfolgreicher sein, dem es gelingt, sich besser um die Kundschaft zu bemühen. Wirtschaftlicher Erfolg richtet sich demzufolge nach dem Erfolg der eigenen Geschäftsstrategie. Der Entscheid für eine bestimmte Geschäftsstrategie, für deren Änderung oder Anpassung entfaltet daher eine besondere Wirkung. Vor dem Hintergrund von strategischen Entscheid-

922 Vgl. auch WHISH, Competition Law, S. 3.

situationen erlangt die Essenz der Entscheidung, das heisst die Information, deshalb einen besonderen ökonomischen Wert⁹²³. Fehlen die für die Entscheidung notwendigen Informationen, besteht Unsicherheit. Diese wiederum kann sich letztlich, wenn aufgrund der fehlenden Information schlechte – oder »weniger gute«, zumindest weniger gute als die Konkurrenz – Entscheidungen getroffen werden, in Erfolglosigkeit niederschlagen. Ökonomisch ausgedrückt könnte auch von Verlusten gesprochen werden. Gewinn und Verlust sind damit in erheblichem Masse von der »Informiertheit« der Entscheidungsträger abhängig. Vordergründig könnte daher der Schluss gezogen werden, dass Informationen eine Vorbedingung für Wettbewerb, den Erfolg von Unternehmen und davon abgeleitet den Wohlstand der Gesellschaft sind. Dies greift jedoch zu kurz. In einem auf Wettbewerb basierenden Wirtschaftssystem, in dem einerseits die Ressourcen, andererseits aber auch die Nachfrage begrenzt sind, ist es nicht möglich, dass alle Wirtschaftssubjekte bzw. Unternehmen gleichermassen erfolgreich sind. Damit aber überhaupt Anreize bestehen, um erfolgreicher zu werden, ist es erforderlich, dass keine vollständige Informiertheit besteht und gleichzeitig einzelne Unternehmen mit der daraus folgenden vorherrschenden Unsicherheit besser umzugehen wissen. Diese ist deshalb auf gewisse Weise Grundbedingung funktionierenden Wettbewerbs – und in diesem Sinne für die Unternehmen ebenso Fluch wie Segen.

Anhand dieses Problems lässt sich aufzeigen, wie ambivalent die Information im Wettbewerb ist. Zum einen verhilft sie Unternehmen zu wirtschaftlichem Erfolg. Zum anderen kann sie die Anreize zum Bemühen um Kundschaft verringern. Denn Wettbewerb funktioniert nicht auf der Basis von auf alle Beteiligten verteiltem Erfolg. Vielmehr zeichnet ihn Wettstreit oder, martialischer ausgedrückt, Kampf aus. Damit soll allerdings nicht gesagt werden, ein Wirtschaftssystem mit gleich erfolgreichen Unternehmen wäre grundsätzlich undenkbar. Im Gegenteil: Bereits in der Einleitung wurde auf die Systeme der Planwirtschaft und der Gruppenvereinbarung hingewiesen. Während in der Planwirtschaft der Erfolg der einzelnen Unternehmen (zumeist) staatlich geregelt wird, verteilen im Bereich der Gruppenvereinbarung die Kartelle den Anteil an Gewinn und Verlust unter sich.

Gerade dieser letztere Aspekt weist auf den Kernpunkt der vorliegenden Arbeit hin. Informationen können zu »besseren« Entscheidungen führen. Dadurch wird es den Unternehmen ermöglicht, effizienter zu werden. Durch Effizienz lässt sich wirtschaftlicher Erfolg generieren. Um dies zu erreichen bzw. um Unsicherheiten zu beseitigen, versuchen Unternehmen, auf welchem Weg auch immer, Informationen erhältlich zu machen. Eine Möglichkeit ist, sich die nötigen

923 Vgl. dazu im Übrigen KARENFORT, Informationsaustausch, S. 1155.

Informationen auf dem Markt, namentlich bei den anderen Marktteilnehmern, zu beschaffen. Insbesondere könnten die Konkurrenten versucht sein, Informationen untereinander auszutauschen. Dies hat zwar noch nichts schlechtes an sich. In der Versuchung, den ständigen Kampf um die Gunst der Kunden zu mildern, könnten die Unternehmen aber auch Informationen austauschen, um sich zu koordinieren und um den Erfolg gleichmässig (bzw. nach Anteilen) aufzuteilen. Denn Informationen sind nicht nur die Basis von – einseitigen – Entscheidungen, sondern auch von Vereinbarungen. Ein Vertrag setzt gegenseitige übereinstimmende Willenserklärungen voraus (vgl. Art. 1 OR), und diese bestehen letztlich aus nichts anderem als Informationen. Der Informationsaustausch ist damit auch die Grundlage von Kooperation und in diesem Sinne auch der Gruppenvereinbarung. Durch Kooperation lässt sich somit Wettbewerb einschränken⁹²⁴.

Der Informationsaustausch hat in diesem Zusammenhang also eine zweifache Bedeutung. Zunächst kann er Effizienzen fördern und damit wirtschaftlichen Erfolg generieren. Auf der anderen Seite kann er die Grundlage einer Gruppenvereinbarung sein. Ob der Informationsaustausch dem einen oder dem anderen dient, kommt darauf an, in welchem Kontext die Information steht, worauf sie sich also bezieht. Von erheblicher Bedeutung ist daher, was für Informationen ausgetauscht werden. Informationen über die zukünftige Marktentwicklung beispielsweise können Über- oder Unterproduktionen verhindern und so zu einer effizienteren Allokation der Ressourcen führen. Wird aber in Erinnerung gerufen, dass der Wettbewerb insbesondere dann funktioniert, wenn die Unternehmen mit unterschiedlichen Geschäftsstrategien um die Gunst der Kunden werben, so versteht sich von selbst, dass der Austausch von strategischen Informationen, deren Sinngehalt also aus der Geschäftsstrategie besteht, auch Gefahren birgt. Denn sie ermöglichen es den Unternehmen, das (zukünftige) Verhalten der Konkurrenten zu erkennen, das tatsächliche zu analysieren und ihr eigenes anzupassen⁹²⁵. Mit dieser Feststellung ist zwar noch nichts über die Wettbewerbswidrigkeit des Informationsaustauschs gesagt. Immerhin lässt sich aber festhalten, dass »[...] von den Unternehmen getroffene Massnahmen zur Erhöhung der Transparenz dazu führen [können], dass die Unternehmen ihr Verhalten aufgrund dieser Kommunikationselemente implizit aufeinander abstimmen [...]«⁹²⁶. Dass durch die Lösung des Unsicherheitsproblems, mithin durch die Beseitigung der Unsicherheit hinsichtlich des zukünftigen Verhaltens der Wettbewerber, unter Umständen der Wettbewerb beeinträchtigt wird, hat die Wettbewerbsbehörden und Gerichte konsequenterweise dazu bewogen, den Informationsaustausch in einen rechtlichen Rahmen zu setzen. Beachtlich ist, dass das Unsicherheitsproblem zwei Fa-

924 VIVES, Information Sharing among Firms, S. 1 ff.

925 VIVES, Information Sharing among Firms, S. 1 ff.

926 RPW 2004/3, S. 736, insb. Rz 34.

cetten hat. Zum einen dient der Informationsaustausch unter Umständen der Anpassung des Verhaltens. Zum anderen aber liefert er die nötigen Angaben zur gegenseitigen übereinstimmenden Willensäußerung, mithin zum Vertrag. Wie bereits bei den rechtlichen Grundlagen aufgezeigt, ist diese Differenzierung im Kartellrecht von Bedeutung. Bislang erfolgte die Beurteilung des Informationsaustauschs in der Schweiz und Europa jedenfalls unter dem Abredetatbestand (Art. 5 KG und Art. 101 AEUV): »[...]ein transparenzförderndes Verhalten [kann] den Tatbestand einer Wettbewerbsabrede im Sinne von Artikel 4 Absatz 1 KG erfüllen.«⁹²⁷

Die nachfolgende Beurteilung erfolgt nach Schweizer Kartellrecht, soweit nicht ausdrücklich auf europäisches oder amerikanisches Recht verwiesen wird. Die Struktur der kartellrechtlichen Tatbestände darf dabei nicht aus den Augen gelassen werden. Es ist stets danach zu fragen, was konkret untersucht wird. Steht eine Abrede im Zentrum, so muss eine solche erstellt werden können, sei es auch nur im Sinne einer konkludenten bzw. stillschweigenden. Findet sich ein *Information Agreement*, also ein Vertrag, mit dem der Austausch von Informationen vereinbart wird, so stellt dies unter Umständen »lediglich« ein Indiz für eine eventuell nachfolgende stillschweigende Abrede oder für eine erfolgte Abstimmung dar, sofern nicht erstellt werden kann, dass die »Informationsaustauschvereinbarung« bereits für sich genommen eine Wettbewerbsabrede darstellt. Ob dies letztlich der Fall ist, zeigt erst eine genaue, sich an den kartellrechtlichen Tatbeständen orientierende Untersuchung. Der Informationsaustausch als solcher ist mit anderen Worten in der Regel noch nicht bereits die verpönte (abgestimmte) Verhaltensweise oder die Abrede, höchstens die Abstimmung oder ein Indiz für die Abrede.

1.2. Die Ökonomie in der Rechtsanwendung

Es ist unzweifelhaft und in der Realität überprüfbar, dass es für Unternehmen auf bestimmten Märkten möglich ist, ihr Verhalten zu koordinieren, ohne eine Abrede treffen zu müssen oder sich abgestimmt zu verhalten. Gleichzeitig scheint es eine Binsenwahrheit zu sein, dass Unternehmen grundsätzlich versuchen werden, ihren Gewinn zu maximieren. Wenn aber auf der anderen Seite gerade auf oligopolistischen Märkten sowohl wenig kompetitive als auch kompetitive Konstellationen anzutreffen sind, so fragt sich, wann sich Unternehmen für die Abstimmung und wann für den Wettbewerb entscheiden. Die Spieltheorie hat hier mögliche Antworten geliefert, die bestimmte Marktsituationen nachvollziehbar

927 RPW 2004/3, S. 736, insb. Rz 34; vgl. auch WHISH, *Information Agreements*, S. 27 ff. und 41 f.

machen⁹²⁸. Allerdings gilt es festzuhalten, dass die moderne Industrieökonomie bzw. die Spieltheorie insbesondere auch die Frage nach der Wahrscheinlichkeit des Auftretens von kollusivem Verhalten bzw. von Kollusion zum Gegenstand hat⁹²⁹. Dabei darf nicht vergessen werden, dass in der ökonomischen Literatur der Begriff »Kollusion« einen Zustand bezeichnet, in dem zwei Unternehmen ein Verhalten wählen, das für sie beide gewinnbringend ist. Dies ist unter Umständen bereits dann der Fall, wenn sie sich beispielsweise für einen höheren als den Preis bei Wettbewerbsbedingungen entscheiden. Nicht erforderlich ist demgegenüber aus ökonomischer Sicht, dass die Unternehmen sich auf dieses Verhalten verständigen. Unerheblich ist damit grundsätzlich, und dies ist entscheidend, ob die Wahl des gemeinsamen Verhaltens mit oder ohne Kommunikation erfolgt⁹³⁰. Im ökonomischen Sinne ist demnach insbesondere nicht notwendig, dass die Akteure einen Vertrag eingehen bzw. sich *abgestimmt* verhalten⁹³¹. Eine implizite oder explizite Abrede muss nicht vorliegen⁹³². Wenn aber die kartellrechtlichen Tatbestände gerade an der Abrede als Tatbestandsmerkmal anknüpfen, so zeigt sich, dass die ökonomische Schlussfolgerung, kollusives Verhalten sei zu erwarten, in (kartell-)rechtlicher Hinsicht nicht unmittelbar Konsequenzen haben muss. Kollusives Verhalten im ökonomischen Sinn ist in einem ersten Schritt also »nur« mit dem (kartell-)rechtlichen Begriff des Parallelverhaltens zu vergleichen, das, wie ausgeführt, auch nicht in jedem Fall kartellrechtliche Bedeutung erlangt⁹³³. Mit anderen Worten lässt sich aus dem ökonomischen Ergebnis, auf einem bestimmten oligopolistischen Markt sei kollusives Verhalten wahrscheinlich bzw. zu erwarten, insbesondere nicht auf das Vorliegen einer Abrede oder einer abgestimmten Verhaltensweise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 5 KG schliessen. Damit aber werden die ökonomischen Erkenntnisse insofern relativiert, als dass sie sich (zumindest) hinsichtlich des Abredetatbestandes nicht direkt anwenden lassen (unabhängig von ihrer generellen Anwendbarkeit in der Praxis).

Etwas anders sieht es aus, wenn der Begriff der kollektiven Marktbeherrschung in einem ökonomischen Sinn verstanden wird. Es wurde gezeigt, dass die Spieltheorie das Verhalten von Unternehmen in strategischen Entscheidungssituatio-

928 KOSTKA, Harte Kartelle, S. 66, Rz 201.

929 Die Wahrscheinlichkeit bezieht sich in diesem Fall auf die Antwort hinsichtlich der Frage, für welche Strategie sich ein Unternehmen entscheiden wird.

930 Vgl. vorstehend § 10 Ziff. 1.1.2; IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, Economics of Tacit Collusion, S. 4; POSNER, Antitrust Law, S. 52 f.; JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung, S. 8 ff.; vgl. auch KÜHN, Fighting Collusion, S. 173.

931 Vgl. dazu auch BSK KG-BÜHLER/HALBHEER, Vor Art. 1 N 107 ff.

932 WHISH, Competition Law, S. 544 ff.; KOSTKA, Harte Kartelle, S. 60, Rz 182.

933 Vgl. dazu auch BSK KG-BÜHLER/HALBHEER, Vor Art. 1 N 108; WHISH, Competition Law, S. 544.

nen vor allem unter dem Begriff »tacit collusion« betrachtet. Dieser wiederum wird als Grundsituation der (ökonomisch verstandenen) kollektiven Marktbeherrschung gesehen⁹³⁴. In diesem Fall aber lässt sich die ökonomische Feststellung, »tacit collusion« sei auf einem bestimmten Markt wahrscheinlich bzw. zu erwarten, für die Beurteilung missbräuchlicher Verhaltensweisen kollektiv marktbeherrschender Unternehmen oder auch bei der Fusionskontrolle verwenden. Selbstverständlich stellt die Beurteilung eines künftigen Marktergebnisses vor allem einen Aspekt der Fusionskontrolle dar, bei der untersucht wird, welche Wirkungen ein Zusammenschluss auf einem bestimmten Markt haben könnte. Immerhin aber kann eine entsprechende Feststellung auch im Rahmen von Art. 7 KG nützlich sein, nämlich dann, wenn es darum geht, festzustellen, ob bei gegebener Marktsituation aus ökonomischer Sicht von kollektiver Marktbeherrschung auszugehen ist.

1.3. Konnexe und inkonnexe Austauschsysteme

1.3.1. Konnexe Austauschsysteme

Eine erste Abgrenzung ist im Rahmen der Rechtsanwendung dahingehend vorzunehmen, dass danach gefragt wird, ob der Informationsaustausch Eigenständigkeit beanspruchen kann. Dient er lediglich als Instrument für weitergehende Verhaltensweisen, so besteht zu diesen ein Konnex⁹³⁵. Der Informationsaustausch kann in mehrfacher Hinsicht ein Mittel sein, um wettbewerbsbeschränkende Praktiken zu unterstützen oder zu ermöglichen⁹³⁶. Vereinbaren zwei Unternehmen beispielsweise, einen höheren als den Wettbewerbspreis zu verlangen und kommen sie gleichzeitig überein, sämtliche verlangten Preise nachträglich dem anderen zur Verfügung zu stellen, so ist der Austausch der Preisinformationen »lediglich« als Bestandteil der Preisabrede zu sehen (in der Regel stellt der Informationsaustausch in diesem Fall gleichzeitig die Willensäußerung dar) und mit dieser zu beurteilen. Gleich ist zu entscheiden, wenn sich Unternehmen aufgrund der ausgetauschten Preisinformationen stillschweigend auf den ausgetauschten Preis einigen. Zwar ist in diesem Fall – faktisch – ebenfalls nur ein Informationsaustausch und ein abgestimmtes Verhalten feststellbar, doch bewirkt

934 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIOLE, *Economics of Tacit Collusion*, S. 4; BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 400; vgl. die weniger klaren Abgrenzungen im Airtours-Fall, EuG vom 6. Juni 2002, Slg. 2002 II 2585.

935 Vgl. auch KARENFORT, *Informationsaustausch*, S. 1157, der allerdings von selbständigen und unselbständigen Austauschsystemen spricht.

936 WHISH, *Competition Law*, S. 523 f.; vgl. auch BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHMID, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 154.

die Einigung auf einen Preis den Abschluss eines Vertrages – sei dieser nun (allgemein, aber auch nach dem Willen der Konkurrenten) rechtlich durchsetzbar oder nicht. Es besteht somit keine Veranlassung, konnexe Austauschsysteme einer gesonderten Betrachtungsweise zuzuführen⁹³⁷. Hinzuweisen bleibt allerdings auf die stets bestehenden Beweisprobleme. Diese rechtfertigen aber keine Sonderanknüpfung des konnexen Informationsaustauschs, besteht das Problem der Beweisbarkeit der Abrede doch auch ohne ihn. Vielmehr können die Erkenntnisse aus den spieltheoretischen Überlegungen in die kartellrechtliche Beurteilung eines konnexen Informationsaustauschs einfließen und in dieser Hinsicht gar für die Sachverhaltserstellung dienlich sein, namentlich als Indiz. Konnexe Austauschsysteme unterstützen die (Haupt-)Abrede in mehrfacher Hinsicht: Zum einen fördern sie die *Durchsetzung* der Abrede, indem sie unter Umständen die Entdeckung von Abweichungen vereinfachen und eine effizientere Bestrafung ermöglichen. In diesem Sinne können selbst rechtlich unverbindliche Vereinbarungen ökonomisch durchsetzbar werden, indem der drohende Preiskrieg die beteiligten Unternehmen zur Einhaltung des Vereinbarten zwingt. Zum anderen stärken konnexe Austauschsysteme die Beziehungen zwischen den beteiligten Unternehmen, indem sie das vergangene Verhalten der Akteure aufzeigen und so *Vertrauen* schaffen oder eine bestimmte *Reputation* bilden. Vor diesem Hintergrund lässt sich der Informationsaustausch als Instrument qualifizieren, das eine Abrede stabilisiert und durchsetzbar macht. In diesem Sinne kann ein konnexer Informationsaustausch als indirekt wettbewerbsbeschränkend bezeichnet werden und entsprechend wurde er in der bisherigen Rechtsprechung auch behandelt⁹³⁸. Bezeichnenderweise spielte in mehreren Entscheidungen der Europäischen Kommission, die harte Kartelle betrafen, der Austausch sensibler Marktinformationen eine bedeutende Rolle⁹³⁹. Es ist somit davon auszugehen, dass der Informationsaustausch gerade bei Kartellabreden, die aufgrund ihrer Unzulässigkeit oftmals nicht formell abgeschlossen werden, dasjenige Hilfsmittel darstellt, das die Erreichung des kartellrechtswidrigen Ziels, nämlich die Beschränkung des Wettbewerbs, erst ermöglicht.

937 Ebenso WHISH, Competition Law, S. 524.

938 Vgl. auch WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 164, mit Hinweisen auf die umfangreiche europäische Rechtsprechung zu konnexen Austauschsystemen; vgl. im Übrigen auch den Hinweis bei BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 387 ff.

939 WHISH, Competition Law, S. 524.

1.3.2. Nicht konnexe Austauschsysteme

Ein Informationsaustauschsystem muss aber nicht immer nur ein Mittel zur Unterstützung weitergehender Absprachen darstellen. Wie insbesondere die mittlerweile in der Schweiz ergangenen Entscheide gezeigt haben, wecken auch so genannte inkonnexe Austauschsysteme wettbewerbsrechtliche Bedenken. Ein »nackter« Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern lässt sich allerdings, wie angetönt, nur dann kartellrechtlich erfassen, wenn er unter einen entsprechenden Tatbestand subsumiert werden kann. Er erfordert daher eine eigenständige Anknüpfung. Insbesondere auf solche nicht konnernen Systeme ist nachfolgen einzugehen⁹⁴⁰. Dabei darf nicht vergessen werden, dass Informationen für rationale Entscheidungen der Unternehmen von erheblicher Bedeutung sind. Die Steigerung der Effizienz kann unter Umständen nicht nur den Wettbewerbern, sondern auch den Konsumenten zugute kommen. Kommt ein reiner Informationsaustausch zur Beurteilung, darf dieser Aspekt nicht aus den Augen gelassen werden⁹⁴¹.

2. Kollektive Marktbeherrschung

Wie bereits mehrfach erläutert, spielt der Informationsaustausch auch bei der Fusionskontrolle und der Beurteilung einer kollektiven Marktbeherrschung eine Rolle. Bei der Fusionskontrolle handelt es sich allerdings nicht um eine Beurteilung des status quo, sondern um einen Blick in die Zukunft und die Beantwortung der Frage, ob ein Informationsaustausch *nach* dem Zusammenschluss wettbewerbsbeschränkende Wirkung haben wird bzw. kann. Die bislang ergangenen Entscheide haben sich zwar mehrheitlich mit dem Abredetatbestand befasst, doch ist nicht auszuschliessen, dass auch die anderen genannten kartellrechtlichen Bereiche, insbesondere die kollektive Marktbeherrschung nach Art. 7 KG, in bestimmten Fällen zum Zuge kommen könnten, namentlich dann, wenn das Verfahren aufgrund des Vorliegens eines Missbrauchstatbestands eröffnet wird oder weil, aus welchen Gründen auch immer, die Voraussetzungen einer Wettbewerbsabrede nicht erfüllt sind. Wie nachfolgend zu zeigen sein wird, ist für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise erforderlich, dass zwischen dem Informationsaustausch und dem festgestellten Verhalten ein Kausalzusammenhang besteht, der allerdings vermutet wird. Es ist nun denkbar, dass einem betroffenen Wettbewerber die Widerlegung der Vermutung gelingt, und zwar dann, wenn die festgestellte Verhaltensweise (einzig) auf strukturbedingtes Parallelver-

940 Nachfolgend § 16.

941 WHISH, Competition Law, S. 525; POSNER, Antitrust Law, S. 160.

halten zurückzuführen ist bzw. andere Motive den Wettbewerbern zumindest nicht nachgewiesen werden können. Mit anderen Worten tauschen die Konkurrenten zwar Informationen aus, ihr Verhalten ist aber allein auf die gegenseitige Reaktionsverbundenheit zurückzuführen; das Verhalten bzw. die Wettbewerbsbeschränkung ist nicht kausal zum Informationsaustausch. Wie erwähnt, fällt strukturbedingtes Parallelverhalten nicht unter den Begriff der Wettbewerbsabrede bzw. der abgestimmten Verhaltensweise und das Bewusstsein um die gegenseitige Reaktionsverbundenheit reicht nicht für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise. Doch kann es auf eine kollektiv marktbeherrschende Stellung der Oligopolisten hinweisen. In diesem Fall kann der Informationsaustausch im Rahmen von Art. 7 KG (Art. 102 AEUV) kartellrechtliche Relevanz entfalten⁹⁴². Während Art. 5 KG (Art. 101 AEUV) Fälle »expliziter Kollusion« im Sinne einer expliziten (wenn auch unter Umständen lediglich konkludenten) Vereinbarung betreffen, lassen sich unter Art. 7 KG Situationen mit impliziter Kollusion (»tacit collusion«) subsumieren. Wären Wettbewerbsabreden in sämtlichen Erscheinungsformen stets beweis- und dadurch sanktionierbar, könnte erwartet werden, dass bei Marktbedingungen, die eine kollektive Marktbeherrschung überhaupt erst zulassen, Fälle impliziter Kollusion häufiger vorkommen würden, wollen die involvierten Unternehmen doch nicht das Risiko eingehen, dass ihnen eine explizite Vereinbarung nachgewiesen werden kann. Es ist allerdings davon auszugehen, dass bei entsprechenden Marktbedingungen, die eine kollektive Marktbeherrschung ermöglichen, ohnehin bereits gegenseitige Verhaltens Erwartungen in einem Umfang bestehen, die explizite Vereinbarungen hinfällig werden lassen. Anreiz für die Bestätigung der gegenseitigen Erwartungen ist dann die Einsicht in die längerfristige Vorteilhaftigkeit eines bestimmten Verhaltens⁹⁴³.

Damit werden die spieltheoretischen Überlegungen angetönt. Wie gezeigt, lässt sich das Verhalten der Oligopolisten spieltheoretisch erklären. Es kann zumindest in einem theoretischen Umfeld dargelegt werden, unter welchen Umständen sich Unternehmen für – im ökonomischen Sinn – kollusives Verhalten, mithin Parallelverhalten, entscheiden, ohne dass sie sich dafür abstimmen bzw. absprechen müssten⁹⁴⁴. Können sich Unternehmen in diesem Sinne kollusiv verhalten und dadurch beispielsweise den Preis über das Wettbewerbsniveau anheben, liegt industrieökonomisch gesprochen eine kollektive Marktbeherrschung vor⁹⁴⁵. Damit ist zwar noch nichts über die praktischen Auswirkungen des Informationsaustauschs gesagt. Wird jedoch von der Annahme ausgegangen, die

942 BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 116 f.

943 KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung S. 15 f.

944 IVALDI/JULLIEN/REY/SEABRIGHT/TIROLE, Economics of Tacit Collusion, S. 4.

945 BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 400.

Unternehmen würden den eigenen Gewinn maximieren wollen, weshalb die Wahl eines den Gewinn maximierenden Verhaltens einen rationalen Entscheid darstellt, ist zu untersuchen, ob der Informationsaustausch auf diese Entscheidung einen Einfluss hat.

Aus spieltheoretischer Sicht ist dies in mehrfacher Hinsicht der Fall. Zum einen kann durch die mit dem Informationsaustausch einhergehende erhöhte Transparenz die Laufzeit zwischen einem *cheat* (Abweichung vom kollusiven Preis, der höher ist als der Preis unter Wettbewerbsbedingungen) und der Bestrafung (Einsetzen des Preiskrieges mit dem Ergebnis, dass der Preis auf das Wettbewerbsniveau sinkt und damit den Grenzkosten entspricht), verkürzt werden⁹⁴⁶. Der Informationsaustausch führt in diesem Fall dazu, dass ein Parallelverhalten entwickelt und/oder länger aufrecht erhalten werden kann bzw. stabiler wird, weil die Gewinne, die aus der Abweichung erzielt werden können, sinken. Gleichzeitig steigt der Wert der kollusiven Strategie, da für das abweichende Unternehmen günstige Preisdifferenzen weniger lang ausgenutzt werden können⁹⁴⁷. Hinzu kommt, dass der Informationsaustausch ganz generell die Informiertheit der Spieler bzw. Unternehmen erhöht. Dadurch lässt sich ein Problem der hier dargestellten Spieltheorie, dass verschiedene Gleichgewichte vorhanden sein können, lösen, indem die Wahl eines bestimmten Gleichgewichts im Sinne eines Fokus-Punkts erleichtert wird⁹⁴⁸. Zudem können ausgetauschte Informationen wesentliche Erkenntnisse über den bisherigen Spielverlauf und die Strategien bzw. das gewählte Verhalten der Konkurrenten liefern, wodurch sich unter Umständen auch Konventionen (nicht im Sinne einer Vereinbarung, sondern vielmehr eines generellen Verhaltenskodexes) ausbilden lassen. Mit anderen Worten bildet sich eine Spielgeschichte, aus der gelernt werden kann und durch welche sich die am Austausch beteiligten Unternehmen einen Ruf erarbeiten. Ein Wettbewerber erhält somit aufgrund der Spielgeschichte darüber Klarheit, ob sein Konkurrent tatsächlich den kommunizierten Preis verlangt hat. Daraus kann er ableiten, ob er zukünftigen Ankündigungen Glauben schenken will. Sind diese glaubhaft, entfällt die Unsicherheit über das künftige Verhalten des Konkurrenten. In beiden Fällen erhält der Konkurrent infolge der Befolgung oder Nichtbefolgung der Ankündigung einen Ruf (Unternehmen A ist »ehrlich« oder »unehrlich«). Der Informationsaustausch wirkt diesfalls unterstützend und führt ebenso dazu, dass das Parallelverhalten aufrecht erhalten werden kann, indem die Reaktionsverbundenheit gestärkt wird⁹⁴⁹. Die kartellrechtliche Relevanz des Informa-

946 KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 50.

947 Vorstehend § 11 Ziff. 3.2.2.

948 MØLLGAARD/OVERGAARD, Transparency and competition policy, S. 123.

949 Vgl. auch vorstehend § 11 Ziff. 3.2.3 f.; KÜHN/VIVES, Information Exchanges, S. 55; BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 44.

tionsaustauschs liegt hinsichtlich der kollektiven Marktbeherrschung zusammengefasst also darin, dass er gleichförmiges Verhalten unterstützt (stabilisiert) oder gar erst ermöglicht, und zwar selbst in Marktsituationen, in denen dies ohne Austausch nur schwer möglich wäre⁹⁵⁰.

Wie bereits erläutert, wird Grösse (bzw. die kollektive Marktbeherrschung) alleine vom Kartellrecht noch nicht sanktioniert. Vielmehr ist weiter erforderlich, dass ein Missbrauchstatbestand vorliegt. Aus dem festgestellten Parallelverhalten kann somit, ähnlich wie beim Abredetatbestand, nicht bereits auf einen Missbrauch geschlossen werden⁹⁵¹. Mit anderen Worten müssen in einem ersten Schritt die Voraussetzungen der kollektiven Marktbeherrschung anhand statischer Strukturmerkmale wie Marktkonzentration, Marktanteile, Markttransparenz, usw. überprüft werden. Hinzu kommen die Möglichkeiten zur Disziplinierung (Bestrafung) des Konkurrenten⁹⁵². Anschliessend hat in einem zweiten Schritt die empirische Untersuchung zu erfolgen⁹⁵³. Schliesslich ist zu prüfen, ob die Unternehmen ihre kollektiv marktbeherrschende Stellung missbrauchen bzw. missbraucht haben. Die Konsequenz aus der Qualifizierung als kollektive Marktbeherrschung unterscheidet sich je nachdem, welcher Missbrauchstatbestand vorliegt.

Der Missbrauch kann vielerlei Formen haben. Die im KG genannten Verhaltensweisen sind denn auch, wie gezeigt, lediglich als Beispiele zu sehen. Zu prüfen sind neben Behinderungs- auch Ausbeutungstatbestände. Ein besonderes Augenmerk ist auf die Form des Informationsaustauschs zu richten. Je nach Organisation des Austauschs können offene oder geschlossene Systeme unterschieden werden. Bei offenen Systemen, bei denen sich sämtliche Wettbewerber und unter Umständen gar die Marktgegenseite beteiligen können, sind wettbewerbsrechtliche Bedenken kaum angebracht. Durch den Ausschluss von Wettbewerbern und der Marktgegenseite in geschlossenen (exklusiven) Systemen werden aber nicht nur Marktzutrittsschranken aufgebaut, sondern unter Umständen auch Wettbewerber ausgegrenzt. Damit werden Letztere möglicherweise behindert, was einen Missbrauchstatbestand darstellen könnte⁹⁵⁴. Zu beachten ist auch, dass ein exklusives Austauschsystem für die daran beteiligten Unternehmen un-

950 Vgl. zwar nicht für diese Schlussfolgerung, aber für die Verknüpfung zwischen »tacit collusion« und strukturbedingtem Parallelverhalten BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 116.

951 Ebenso WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 348 ff.

952 Vgl. zu diesen Kriterien ausführlich LINDER, Kollektive Marktbeherrschung, S. 82 ff.

953 BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 412 ff.

954 Man denke beispielsweise an eine abgewandelte Englische Klausel, vgl. dazu BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 241. Ebenso ist an die »essential facilities« zu denken, also an das Informationsaustauschsystem als wesentliche Einrichtung, vgl. ZÄCH, Kartellrecht, S. 322 ff.

ter Umständen zwar kostensenkende Wirkungen haben kann. Die ausgeschlossenen Konkurrenten profitieren davon aber nicht und haben daher, vereinfacht gesagt, höhere Kosten. Sie können deshalb gezielt unterboten und schliesslich vom Markt gedrängt werden (vgl. Art. 7 Abs. 2 lit. d KG).

Gerade hinsichtlich der kartellrechtlichen Beurteilung eines Informationsaustauschs im Rahmen der kollektiven Marktbeherrschung ist die Frage von besonderer Bedeutung, ob bereits Handlungsweisen zur Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung als Missbrauch verstanden und nach Art. 7 KG sanktioniert werden können. Im europäischen Recht wird in diesem Zusammenhang in Anlehnung an die amerikanische Terminologie von *facilitating practices* gesprochen⁹⁵⁵. Im vorliegenden Zusammenhang ist diese Thematik deshalb relevant, weil der Informationsaustausch, wie gezeigt, nicht nur eine Wettbewerbsabrede bzw. eine abgestimmte oder eine mit Blick auf Art. 7 KG missbräuchliche Verhaltensweise darstellen kann, sondern auch eine kollektive Marktbeherrschung unter Umständen erst ermöglicht. Der Austausch von Informationen ist in bestimmten Situationen mit anderen Worten ein Mittel, um eine (kollektiv) marktbeherrschende Stellung herzustellen bzw. zu erlangen. Gerechtfertigt wird die Subsumption der Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung unter das Kartellrecht in der europäischen Lehre vor allem auch mit dem Argument, eine kollektive (marktbeherrschende) Einheit könne unter Vorbehalt engster Oligopole für homogene Güter nicht bereits allein aufgrund der von der Marktstruktur vorgegebenen Bedingungen entstehen. Vielmehr seien dazu zusätzliche und isolierbare Einzelmassnahmen erforderlich⁹⁵⁶ – wie beispielsweise ein Informationsaustausch. Ein solcher Ansatz ist für das Schweizer Recht allerdings abzulehnen. Art. 7 KG verlangt insbesondere nach zwei Tatbestandsmerkmalen. Einerseits ist erforderlich, dass bereits ein marktbeherrschendes oder mehrere marktbeherrschende Unternehmen auf dem relevanten Markt tätig sind. Andererseits wird verlangt, dass ebendiese Unternehmen ihre – bereits erlangte – Stellung missbrauchen. Die Erlangung einer marktbeherrschenden Stellung wird daher vom Schweizer Kartellgesetz noch nicht sanktioniert, denn sie hat nach Massgabe von Art. 7 KG noch keine wettbewerbspolitisch schädlichen Folgen. Selbst wenn die Verhaltensweise zur Erlangung der Marktmacht als missbräuchlich qualifiziert werden müsste, kann lediglich der Missbrauch der Stellung unter Art. 7 KG subsumiert werden⁹⁵⁷. Gegenteilig zu entscheiden würde bedeuten, auf

955 GRILLO, Collusion, S. 151 ff.; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 348 ff.; vgl. dazu im Übrigen auch KÜHN, Fighting Collusion, S. 186 ff.

956 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 349.

957 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 56; vgl. jedoch die Hinweise zu aktuellen internationalen Entwicklungen und zur Möglichkeit der Entflechtung von marktbeherrschenden Unternehmen bei ZÄCH ROGER/HEIZMANN RETO A., Die Anordnung von Ent-

das ausdrücklich im Gesetz genannte Kriterium der marktbeherrschenden Stellung zu verzichten und Sachverhalte unter diese Bestimmung zu subsumieren, die nicht tatbestandsmässig sind. Das ist aber nicht zulässig. Der Informationsaustausch als solcher kann deshalb nicht bereits als Missbrauch qualifiziert werden und unter Art. 7 KG fallen. In einer solchen Konstellation sollte vielmehr geprüft werden, ob eine Sanktionierung unter dem Titel der Wettbewerbsabrede möglich wäre oder es muss abgewartet werden, ob die dannzumal kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen ihre Stellung missbrauchen⁹⁵⁸. Es besteht für die Wettbewerbsbehörde im Schweizer Recht ausserhalb der Fusionskontrolle kein Anlass, die Missbrauchskontrolle vorzuziehen⁹⁵⁹. Liegt schliesslich ein missbräuchliches Verhalten *nach* Erlangung der (kollektiv) marktbeherrschenden Stellung vor, so erlangt die Subsumption dieses Verhaltens unter einen Missbrauchstatbestand vor allem auch hinsichtlich der Rechtsfolgen Bedeutung: Liegt ein Missbrauch vor, kann unter Umständen der Informationsaustausch untersagt werden, Rechtfertigungsgründe können hingegen nicht vorgebracht werden⁹⁶⁰.

Der Vollständigkeit halber bleibt anzumerken, dass der Informationsaustausch nicht nur bei kollektiver Marktbeherrschung von Bedeutung ist. Wie bereits der Hinweis auf die englische Klausel zeigt, sind wettbewerbsrechtliche Bedenken auch bei einer »einfachen« Marktbeherrschung möglich. Schliesst das marktbeherrschende Unternehmen Verträge ab, in denen sich die Gegenseite verpflichtet, bei einem allfälligen Vertragsabschluss mit einem Konkurrenten den dort vereinbarten Preis dem marktbeherrschenden Unternehmen mitzuteilen (also die entsprechende Information mit ihm auszutauschen) und ihm die Möglichkeit einzuräumen, zu eben diesen mitgeteilten Konditionen wiederum mit ihm einen Vertrag abzuschliessen bzw. in den Vertrag einzutreten, so stellt dies unter Umständen einen Missbrauchstatbestand dar (Art. 7 Abs. 2 lit. c und d KG). Gleichzeitig illustriert dieses Beispiel die Problematik der Abgrenzung zwischen Art. 5 und Art. 7 KG: Auch hier sind letztlich ähnliche Preise bzw. ein gleichförmiges Preisverhalten auf dem Markt zu erwarten. Mit anderen Worten könnte unter Umständen ein einheitliches Preisniveau festgestellt werden.

flechtungen im schweizerischen Kartellrecht – ein Überblick (erscheint voraussichtlich im November 2012 im Schulthess-Verlag, Zürich).

958 GRILLO, Collusion, S. 160 ff.

959 BSK KG-AMSTUTZ/CARRON, Art. 7 N 56; vgl. auch die Abgrenzungen bei GRILLO, Collusion, S. 166, (unter »Notes«) Ziff. 9, der im Übrigen zu Recht darauf hinweist, dass die Beurteilung im amerikanischen Recht unter Umständen anders ausfällt.

960 Vgl. dazu auch Art. 13 KG für das Zivilverfahren; im Übrigen ZÄCH, Kartellrecht, S. 256 ff.

3. Rechtlich erzwingbare oder nicht erzwingbare Vereinbarungen

3.1. Zur Wettbewerbsabrede im eigentlichen Sinn (Vereinbarung)

Keiner weiteren Erklärung bedarf, dass bei konnexen Informationsaustauschen stets eine – eigenständige, weitergehende – Vereinbarung (Abrede) vorliegt. Aber auch ein reiner (inkonnexer) Informationsaustausch kann unter Umständen eine (eigene) Abrede darstellen, namentlich im Sinne eines Vertrages über den Austausch von Informationen (*Information Agreements*)⁹⁶¹. Ob er aber als Wettbewerbsabrede betrachtet werden kann, entscheidet sich selbstredend danach, ob er die Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 KG bzw. der rechtlich erzwingbaren Vereinbarung erfüllt, mithin ob durch ihn die Handlungsfreiheit hinsichtlich mindestens eines Wettbewerbsparameters beschränkt wird. Dies dürfte allein durch die Vereinbarung, Informationen auszutauschen, jedoch nur selten der Fall sein, braucht es dazu doch nicht nur den Willen der Parteien in Bezug auf den Informationsaustausch, sondern auch hinsichtlich des gemeinsamen (zukünftigen) Marktverhaltens⁹⁶². Es müsste anschliessend zudem auch nachgewiesen werden können, dass mit dem *Information Agreement* eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt wird, was nicht in jedem Fall anzunehmen ist (vgl. dazu nachfolgend § 16 Ziff. 5). Denkbar ist allerdings, dass das *Information Agreement* Ausgangspunkt einer abgestimmten Verhaltensweise darstellt. Die Subsumption hat dann aber so zu erfolgen, wie sie im nachfolgenden § 16 aufgezeigt wird.

Öfters wird es allerdings vorkommen, dass der Informationsaustausch Bestandteil der Abrede bildet. Treffen sich zwei Konkurrenten an einer Fachmesse und tauschen sie die Information »Preiserhöhung um 10% in zwei Wochen« aus in der Absicht, dass sich beide daran halten werden, so liegt ein konnexer Informationsaustausch und eine eigenständige Preisabrede vor⁹⁶³. Mit Ausnahme der

961 Die Abgrenzung zur abgestimmten Verhaltensweise ist diesfalls nur schwer vorzunehmen.

962 SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 718; die Behörden dürften dies wohl gerne übersehen. Selbstverständlich ist es einfacher, den Informationsaustausch als rechtlich erzwingbare Vereinbarung zu qualifizieren, um dadurch einer komplexeren Prüfung (nachfolgend § 16) entgehen zu können. Dies ist aber nur solange zulässig, als auch ein gegenseitig übereinstimmender Wille hinsichtlich des zukünftigen Marktverhaltens bejaht werden kann. Denn Umständlichkeiten sind nie ein Argument für Unterlassungen, oder wie dies SENECA formulierte: »Non est vir fortis [...], qui laborem fugit« (Epistulae morales, Liber III, 22, 7).

963 Anschauliches Beispiel ist das in Deutschland durchgeführte Verfahren gegen Hersteller von Instant-Cappuccino. Der Informationsaustausch erfolgte anlässlich von Telefongesprächen zwischen leitenden Mitarbeitern der Unternehmen. Besprochen wurden Höhe und Zeitfenster von beabsichtigten Preiserhöhungen (vgl. die Pressemitteilung des Bun-

Beweisschwierigkeiten dürften solche Verhaltensweisen in kartellrechtlicher Hinsicht keine Probleme bei der Beurteilung bereiten. Stets ist auf die Abrede und nicht auf den Informationsaustausch abzustellen, sofern dieser nicht als abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren ist⁹⁶⁴. Die Abgrenzung zur abgestimmten Verhaltensweise kann mitunter allerdings schwierig sein.

3.2. Abgrenzungsfragen

Wird berücksichtigt, dass nicht nur Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen Abreden und kollektiver Marktbeherrschung bestehen, sondern dass auch noch zwischen konnexen und inkonnexen Austauschsystemen zu unterscheiden ist, wird die Rechtsanwendung komplex. WHISH fordert, dass für die Subsumption eines Informationsaustauschs unter Art. 101 AEUV, mithin unter den Abredetatbestand, eine Vereinbarung zum Informationsaustausch vorliegen muss: »*To infringe Article 81(1), undertakings must have agreed to exchange information. It is not sufficient simply that they are able to obtain information about each other's behaviour, for example through the press or by discussions with customers*«⁹⁶⁵. Diese Folgerung dürfte allerdings noch zu differenzieren sein. Denn ver-

deskartellamts vom 18. Oktober 2011, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de> [zuletzt besucht am 19. Oktober 2011]).

964 Vgl. auch GRILLO, Collusion, S. 160 ff., mit Hinweisen auf Entscheide der italienischen Wettbewerbsbehörden; SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 718.

965 WHISH, Information Agreements, S. 29. Die von ihm als Beispiel vorgebrachte Situation, in der Informationen über die »Öffentlichkeit« zu den Konkurrenten gelangen, kann nicht als Abgrenzungskriterium dienen. Es ist zwar richtig, dass erhöhte allgemeine Markttransparenz einerseits der Marktgegenseite zugute kommen und daher wünschenswert sein kann, andererseits aber auch die Etablierung einer kollektiven Marktbeherrschung begünstigen dürfte. Abgesehen davon lässt sich eine nachfolgende Abstimmung aufgrund der erhaltenen Informationen nicht bereits deshalb ausschliessen, weil sie über die Öffentlichkeit bezogen worden sind. Gerade auch der Empfang von Informationen über Kunden, also die Weitergabe von Informationen im Vertikalverhältnis, kann schliesslich dazu führen, dass eine Abrede oder abgestimmte Verhaltensweise im Horizontalverhältnis möglich wird. In jedem Fall ist die an die Öffentlichkeit gerichtete Information nicht schon aufgrund der generellen Erhöhung der Markttransparenz kartellrechtlich unbedenklich, vgl. WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 250 ff. und S. 355 zum deutschen Recht. Zu Recht plädiert WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 363 ff., für eine Zwischenlösung, bei der in Anwendung des Verhältnismässigkeitsprinzips der Zweck der Kundgabe und deren Form den wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegenüber gestellt werden. Zu prüfen ist die Form, der Zeitpunkt der Information und deren Inhalt. »Nützt« die Information der Marktgegenseite nicht, so liegen für die Kundgabe keine sachlichen Gründe vor. Dies ist letztlich auch immer dann der Fall, wenn eine andere, mildere Massnahme zum selben Ziel führen würde; vgl. zum Verhältnismässigkeitsprinzip auch PRÜMMER, Verhältnismässigkeitsaspekte, S. 42 ff.

einbaren die Konkurrenten einen Informationsaustausch, so liegt eine Abrede und nicht eine abgestimmte Verhaltensweise vor. Die Abrede ist grundsätzlich selbständig unter den Abredetatbestand zu subsumieren. Erst wenn man zum Schluss kommt, dass keine Wettbewerbsabrede vorliegt oder sie eine Wettbewerbsbeschränkung weder bezweckt noch bewirkt, stellt sich die Frage, ob auf den Auffangtatbestand der abgestimmten Verhaltensweise zurückzugreifen ist. Es ist allerdings fraglich, ob überhaupt Konstellationen denkbar sind, in denen ein gleichförmiges Verhalten vorliegt, die Informationsvereinbarung bei entsprechenden Marktbedingungen aber nicht auch gleichzeitig als Wettbewerbsabrede qualifiziert werden kann, die eine Wettbewerbsbeschränkung zumindest bezweckt⁹⁶⁶. Im Übrigen dürfte ohnehin oftmals eine Einigung zum Austausch von Informationen vorliegen, zumindest konkludent. Gibt ein Unternehmen einem anderen Informationen preis und übermittelt das empfangende Unternehmen seinerseits entsprechende Informationen, so dürfte von einer konkludenten Einigung auszugehen sein. Demgegenüber sollten von der abgestimmten Verhaltensweise auch Fälle erfasst werden können, in denen ein Unternehmen einseitig Informationen weitergibt und ein anderes diese lediglich empfängt, sofern der Empfang nicht einzig über die Beobachtung des Marktes erfolgt⁹⁶⁷. In diesen Fällen wäre das Erfordernis der Einigung nicht erfüllt, doch kann damit nicht gesagt werden, es läge keine abgestimmte Verhaltensweise vor. Damit erscheint das von WHISH vorgebrachte Erfordernis der Einigung auf den Informationsaustausch zumindest in gewissen Konstellationen als wenig tauglich. Ohnehin werden sich Unternehmen in der Regel davor hüten, explizite, schriftliche Wettbewerbsabreden einzugehen, was deren Nachweis erheblich erschwert. In solchen Fällen muss der Schwerpunkt der Untersuchung daher auf der abgestimmten Verhaltensweise liegen.

§ 16 *Der Informationsaustausch als abgestimmte Verhaltensweise im Besonderen*

1. Übersicht

Dass der (inkonnexe) Informationsaustausch vor allem unter dem Titel der abgestimmten Verhaltensweise zu prüfen ist, liegt nur bedingt daran, dass der Austausch von Informationen dieser Tatbestandsvariante ohnehin bereits inhärent ist.

966 Vgl. das Beispiel zur Abgrenzungsschwierigkeit bei WHISH, *Information Agreements*, S. 37 f.

967 Im Ergebnis ähnlich SCHROEDER, *Informationsaustausch*, S. 720 f.

Vielmehr zeigt sich, dass sich *konnexe* Austauschsysteme oder solche im Rahmen der kollektiven Marktbeherrschung kaum von anderen Konstellationen in diesen Bereichen unterscheiden. Stets ist der Informationsaustausch, von wenigen und vorstehend bereits genannten Ausnahmen abgesehen, »lediglich« *ein* Aspekt des gesamten Phänomens. Mit anderen Worten liegt entweder eine Abrede oder eine missbräuchliche Verhaltensweise vor, die zwar beide ohne Weiteres vom Informationsaustausch beeinflusst werden können, letztlich aber dennoch nichts anderes als eine in der bisherigen Literatur und Rechtsprechung bereits umfassend diskutierte Form der Wettbewerbsbeschränkung darstellen. Anders sieht es bei *inkonnexen* Austauschsystemen dar, bei denen die soeben genannten Grundkonstellationen (Abrede, missbräuchliches Verhalten) gerade fehlen. Dann stellt sich die Frage, wie sie unter die Tatbestandsvariante der abgestimmten Verhaltensweise subsumiert werden können. Die kartellrechtliche Beurteilung eines inkonnexen Informationsaustauschs verlangt, wie die »gängigen« Konstellationen, eine doppelte Subsumption. Zunächst ist zu prüfen, wann ein inkonnexer Informationsaustausch unter den Begriff der abgestimmten Verhaltensweise nach Art. 4 Abs. 1 KG fällt. Alsdann ist zu untersuchen, inwiefern die Voraussetzungen von Art. 5 KG erfüllt sind. Erst hieraus wird sich schliesslich ergeben, ob der Informationsaustausch kartellrechtlich unzulässig ist.

Wie gezeigt, stellt die abgestimmte Verhaltensweise eine Form der Koordination zwischen Unternehmen (gleicher oder unterschiedlicher Marktstufen) dar. Auch wenn sie noch nicht bis zum Abschluss eines Vertrages im eigentlichen Sinne gediehen ist, lassen die Wettbewerber durch (minimale) Verhaltenskoordination bewusst die praktische Zusammenarbeit an die Stelle des mit Risiken verbundenen Wettbewerbs treten⁹⁶⁸. Die abgestimmte Verhaltensweise charakterisiert sich somit dadurch, dass bewusst – und in diesem Sinne planmässig – Informationen ausgetauscht werden, was den Unternehmen in der Folge die Antizipation des Verhaltens der Konkurrenten erleichtert⁹⁶⁹. Entsprechend können sie ihr eigenes Verhalten danach ausrichten. Die Koordination geschieht folglich mittels *Antizipation* und *Anpassung* auf der Basis ausgetauschter *Informationen*, wobei sich eine Partei auch lediglich auf die (akzeptierte) Entgegennahme der Information beschränken kann. Die Gegenseitigkeit (in Abgrenzung zu einseitigen Verhaltensweisen) erfordert nicht einen gleichwertigen, geschweige denn

968 EuGH, Urteil vom 14. Juli 1972, Rs. 52/69, Slg. 1972 – Geigy/Kommission, S. 787 Rz 26; ZÄCH, Kartellrecht, S. 177; BORER, Kartellgesetz, Art. 4 N 13; vgl. auch ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar, Art. 4 N 2; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 101; BGE 129 II 18, S. 26 f., E. 6.3; EuGH, Urteil vom 4. Juni 2009, Rs. C-8/08 – T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 26 ff.; EMCH, kollektive Marktbeherrschung, S. 168 ff.

969 BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 102.

ausdrücklichen Beitrag⁹⁷⁰. Auch eine stillschweigende Koordination erfüllt die Voraussetzungen der abgestimmten Verhaltensweise. Von zentraler Bedeutung ist somit bei jeder abgestimmten Verhaltensweise das objektive Element des Informationsaustauschs, selbst wenn insofern auch ein subjektives Element erforderlich ist, als dass sich die Unternehmen immerhin bewusst für den Informationsaustausch entscheiden oder entsprechende Informationen entgegennehmen⁹⁷¹.

Der Tatbestand der abgestimmten Verhaltensweise verlangt bereits aufgrund der Begrifflichkeit zweierlei: Eine Abstimmung und eine Verhaltensweise⁹⁷². Es ist daher zu prüfen, inwiefern der inkonnexe Informationsaustausch als Abstimmung qualifiziert und wann von einer entsprechenden Verhaltensweise ausgegangen werden kann. Antizipation ist letztlich nichts anderes als eine Erwartung oder eine Erwartungshaltung. Antizipiert ein Unternehmen ein bestimmtes Ereignis, so bedeutet dies, dass es den Eintritt eben dieses Ereignisses erwartet bzw. als wahrscheinlich betrachtet. Als solches Ereignis hat auch das Verhalten der Konkurrenten zu gelten. Unter Antizipation ist in diesem Zusammenhang somit die Erwartung des einen Unternehmens, dass sich sein Konkurrent auf eine bestimmte Art und Weise zu verhalten gedenkt, zu verstehen. Charakterisiert sich der Wettbewerb durch den Wettstreit zwischen Unternehmen um Überlegenheit bzw. um die Gunst des Kunden, so ist das Wissen um das Verhalten der Konkurrenz von zweifacher Bedeutung. Zum einen kann es dazu dienen, diese Überlegenheit zu erreichen, frei nach dem Motto: Kenne deinen Feind. Öffentliche Preisankündigungen mit darauf folgendem Preiskrieg ist eine Ausprägung dieser Variante. Der Preiskrieg ist aber nicht nur anstrengend, sondern schmälert auch die Marge und damit unter Umständen den Gewinn der Unternehmen. Zu wissen, wie sich der Konkurrent zukünftig verhalten wird, kann deshalb ein Unternehmen auch dazu verführen, einen solchen Preiskrieg zu verhindern, indem bestimmte Preise nicht unterboten werden. Gleichzeitig drängt sich in diesem Zusammenhang ein weiterer Aspekt auf: Eine Preissenkung kann zwar in einen Preiskrieg münden, doch immerhin besteht sie als reale Entscheidungsvariante solange, als sich der Preis über den Grenzkosten bewegt. Eine Preiserhöhung hingegen ist für ein Unternehmen ohne Vorhandensein von zwingenden exogenen Faktoren nur selten eine Alternative, besteht dann doch die Gefahr, dass Kunden zur Konkurrenz wechseln. Die Möglichkeit zur Substitution entfällt für die Kunden allerdings dann, wenn auch die Konkurrenz den Preis entsprechend erhöht. Ob dies der Konkurrent dann aber tatsächlich tut, weiss das vor der Entscheidung

970 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 62; EuGH vom 15. März 2000, Rs. T-25/95 – Cimenteries CBR, Slg. 2000, II-491, Rz 1849.

971 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 60 ff.

972 SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 718.

stehende Unternehmen jedoch oftmals nicht, weshalb es sich mit Blick auf den Verlust von Kunden davor hüten wird, Preise zu erhöhen. Weiss es aber, wie sich der Konkurrent verhalten wird, erfährt es mit anderen Worten, ob er die Preiserhöhung ebenfalls durchführen wird, entfällt die Angst vor dem Weggang von Kunden und die Entscheidvariante der Preiserhöhung kann in Erwägung gezogen werden. Diese Variante ist aber nicht Ausfluss des Wettbewerbs, sondern wurde durch die Unternehmen künstlich, das heisst durch den Austausch von Informationen, herbeigeführt. Wettbewerb verlangt jedoch, dass Unternehmen eigenständig entscheiden und ihre Handlungsalternativen nicht künstlich erweitern. Der Wettstreit zwischen den Unternehmen erfordert vor dem Hintergrund der Versuchung, den anstrengenden Wettbewerb zu vermeiden, mit anderen Worten ein gewisses Mass an Unsicherheiten. Mit Unsicherheiten lassen sich allerdings keine Erwartungen begründen. Erfordert Antizipation aber, dass ein bestimmtes zukünftiges Verhalten des Konkurrenten als wahrscheinlich betrachtet werden kann, so kann dieses Verhalten erst dann antizipiert werden, wenn die Unsicherheiten über dessen »Eintritt« bestmöglich beseitigt werden. Der Austausch von Informationen über (zukünftiges) Marktverhalten kann diese Unsicherheiten beseitigen und eine Antizipation ermöglichen. Darin zeigt sich gleichzeitig der Unterschied zu anderen Formen der Verhaltensanpassung, namentlich zum wirtschaftlich bedingten Parallelverhalten, bei dem die Antizipation (bzw. vorab die Beseitigung von Unsicherheiten) nicht durch den Austausch von Informationen, sondern beispielsweise aufgrund der vorherrschenden Marktstruktur ermöglicht wird⁹⁷³.

Der Austausch von Informationen stellt eine Interaktion bzw. Kommunikation zwischen Unternehmen dar. Diese führt, wie gezeigt, unter Umständen zu einer Beseitigung von Unsicherheiten. Oder anders ausgedrückt: Durch den Informationsaustausch können bestimmte (zukünftige) Verhaltensweisen des Konkurrenten als wahrscheinlich betrachtet werden. Während bei einem Vertrag die Unsicherheiten durch Vertragsbestimmungen beseitigt werden, erfolgt deren Beseitigung bei der abgestimmten Verhaltensweise durch Preisgabe von Verhaltenserwartungen und in der Regel deren Bestätigung. Erst durch den Informationsaustausch wird klar, mit welchem Verhalten zu rechnen ist, mindestens aber lassen sich Rückschlüsse auf mögliches zukünftiges Verhalten ziehen. Dies ermöglicht wiederum die Beantwortung der Frage, auf welches Verhalten die Abstimmung erfolgen kann und welche Erwartungen diesbezüglich bestehen. Inwiefern ein Informationsaustausch allerdings die entsprechende Wirkung hinsichtlich der Beseitigung von Unsicherheiten entfalten kann, ist damit noch nicht geklärt. Das Erfordernis der Abstimmung ist jedenfalls bereits dann erfüllt, wenn

973 Vgl. RPW 2003/1, S. 134 Rz 161, und vorstehend § 13 Ziff. 1.2.3.d.

Informationen ausgetauscht werden, die Unsicherheiten über das (zukünftige) Marktverhalten der Konkurrenten beseitigen und dadurch eine Antizipation ermöglichen⁹⁷⁴. Ob diese Abstimmung tatsächlich auch umgesetzt wird, ist unter dem Titel der Verhaltensweise zu prüfen. Diese Verhaltensweise stellt letztlich nichts anderes als *gleichförmiges Verhalten* dar. Nicht jedes gleichförmige Verhalten kann jedoch unter Art. 4 Abs. 1 KG subsumiert werden. Vielmehr ist erforderlich, dass es sich auf die Abstimmung (bewusste und gewollte Konzertierung) zurückführen lässt. Die Zuordnung des Verhaltens zur Abstimmung erfolgt über die Voraussetzung des Kausalzusammenhangs⁹⁷⁵. Zur Subsumption unter Art. 4 Abs. 1 KG kommt schliesslich noch das Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung hinzu.

Aus dem Gesetz, der Literatur und der Rechtsprechung lassen sich daher die folgenden Merkmale bzw. Voraussetzungen für die Qualifizierung eines Informationsaustauschs als abgestimmte Verhaltensweise anführen:

1. *Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern*
2. *Beseitigung von Unsicherheiten*
3. *Tatsächlich festgestelltes (gleichförmiges) Verhalten*
4. *Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Informationsaustausch*
5. *Bewirken oder Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung*

Die kartellrechtliche Unzulässigkeit einer solchermassen definierten abgestimmten Verhaltensweise ergibt sich letztlich aus Art. 5 KG. Zu prüfen ist, ob ein Vermutungstatbestand nach Art. 5 Abs. 3 und 4 KG vorliegt, oder, wenn dies verneint wird (bzw. die Vermutung widerlegt werden kann), ob eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, die aufgrund des Fehlens von Effizienzgründen ungerechtfertigt ist (Art. 5 Abs. 1 und 2 KG).

2. Austausch von Informationen zwischen Wettbewerbern

Erste Voraussetzung für die Qualifizierung eines Informationsaustauschs als abgestimmte Verhaltensweise ist demnach, dass Wettbewerber gleicher oder unterschiedlicher Marktstufen Informationen austauschen. Dies erscheint auf den ersten Blick banal. In der Praxis dürfte dies aber nicht zuletzt aufgrund der Schwierigkeit des Nachweises des Austausches nicht immer einfach festzustellen sein. Stellen öffentliche Preisankündigungen einen Informationsaustausch mit Wett-

974 RPW 2010/4, S. 737 Rz 178.

975 RPW 2003/1, S. 134 Rz 161; BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 90a und BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 103 und 108 ff.; vgl. auch BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHEIDT, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 175; vgl. auch SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 719.

bewerbern dar? Wie steht es mit Empfehlungen? Und wie sind Informationsaustausche im Vertikalverhältnis zu qualifizieren? In vielen Fällen dürfte wohl erst eine Gesamtbetrachtung der Verhaltensweise aufzeigen können, ob Informationen zwischen Wettbewerbern in einer Form ausgetauscht worden sind, die eine Subsumption unter Art. 4 Abs. 1 KG zulassen. Unproblematisch, wenn auch nicht in jedem Fall beweisbar, dürfte immerhin der direkte Austausch von Informationen unter Wettbewerbern sein, und zwar unabhängig davon, ob die Informationen gleichzeitig auch an die Öffentlichkeit bzw. an die Marktgegenseite gelangen. Die Übermittlung von Informationen an Wettbewerber stellt in den meisten Fällen Kommunikation dar. Wie im informationstheoretischen Teil dieser Arbeit aufgezeigt wurde, wird unter Kommunikation ein Vorgang verstanden, bei dem Informationen von einer Person zur anderen fließen, der Empfänger die Information aufnimmt und schliesslich auf eine bestimmte Art reagiert⁹⁷⁶. Kommunikation kann in verschiedener Hinsicht erfolgen. Namentlich ist sowohl direkte als auch indirekte Kommunikation denkbar. Unter direkter Kommunikation sind Gespräche oder Schreiben unmittelbar zwischen den Wettbewerbern zu verstehen, wobei selbstverständlich auch die elektronischen Varianten darunter zu subsumieren sind. Als indirekte Kommunikation sind Kommunikationswege über Computerprogramme, Server, Verbände oder vertikale Kanäle zu nennen⁹⁷⁷. Schliesslich ist wohl auch die öffentliche Bekanntgabe von Informationen als indirekte Kommunikation zu bezeichnen, die in Einzelfällen ebenso kartellrechtlich relevant werden kann (vgl. dazu auch nachfolgend Ziff. 3.3). Anzuführen bleibt, dass es keinen Unterschied macht, ob ein richtiges Informationsaustauschsystem im Sinne eines kontinuierlichen Verhaltens oder auch nur wiederholte Treffen, Kontaktaufnahmen oder von einander unabhängige Kommunikationselemente vorliegen⁹⁷⁸. Gerade bei komplexen Verhaltensweisen (im Sinne eines Überbegriffs), die sich aus mehreren Teilakten ergeben, entspräche es einem Kunstgriff, das kontinuierliche Verhalten der Unternehmen, das von einem einzigen Ziel beherrscht wird, in mehrere selbständige Verhaltensweisen mit je eigener kartellrechtlicher Qualifikation zu zerlegen. Ist zwischen den einzelnen Verhaltensweisen ein Fortsetzungszusammenhang erkennbar, so ist von einer einzigen Abstimmung auszugehen⁹⁷⁹. Weiter muss sich der Austausch von Informationen nicht auf Unternehmen gleicher Marktstufe beschränken. Auch eine Koordinierung im Vertikalverhältnis kann unter Umständen kartell-

976 Vgl. hierzu DRUEY, Information, S. 149.

977 BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHEIDT, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 155 f.

978 EuGH vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Rz 78 ff.; vgl. auch EuGH vom 7. Januar 2004, Rs. C-204/00 – Aalborg Portland, Slg. 2004, Rz 281 ff.

979 SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 N 69; in diesem Zusammenhang wird auch vom Konzept der Gesamtvereinbarung im Sinne einer Beweiserleichterung gesprochen, vgl. KOSTKA, Harte Kartelle, S. 184 f.

rechtliche Bedeutung erlangen, insbesondere dann, wenn sie zu einer horizontalen Verhaltenskoordination auf der vor- oder nachgelagerten Marktstufe führt⁹⁸⁰. Hingegen erfüllen allgemein zugängliche Publikationen einschlägiger Fachinstitute und Marktforschungseinrichtungen nicht die Voraussetzung des Informationsaustauschs, selbst wenn die Unternehmen entsprechende Informationen an diese liefern⁹⁸¹. Der Grund ist darin zu sehen, dass diese Einrichtungen bzw. Institute Dritte darstellen, die entweder Forschungstätigkeiten ausführen oder Dienstleistungen erbringen. Sie unterscheiden sich von Branchenorganisationen bzw. Verbänden dadurch, dass sie von den die Informationen liefernden Unternehmen unabhängig sind. Selbstverständlich kann aber nur solange auf die Unabhängigkeit abgestellt werden, als diese nicht zur Umgehung eines Austauschverbots vorgebracht wird.

Zusammengefasst ergibt sich somit, dass die direkte oder indirekte Kommunikation zwischen Wettbewerbern eine erste Voraussetzung bei der kartellrechtlichen Beurteilung einer abgestimmten Verhaltensweise darstellt. Zu klären gilt es daher nachfolgend, in welchen Fällen tatsächlich eine Beseitigung von Unsicherheiten möglich ist, so dass der Informationsaustausch zur Abstimmung wird. Denn nicht in jedem Fall lassen sich Unsicherheiten durch den Austausch von Informationen beseitigen. Erst wenn bestimmte Marktbedingungen gegeben sind und die Wettbewerber eine konkrete Art des Informationsaustauschs wählen bzw. dieser bestimmte Eigenschaften hat, entfaltet der Austausch entsprechende Wirkungen.

3. Beseitigung von Unsicherheiten durch die Information

3.1. Die Information und die Erweiterung des Handlungsspielraumes

Antizipation und Anpassung könnten auch ohne vorangehenden Informationsaustausch erfolgen, doch bliebe dann, wie gezeigt, die Unsicherheit darüber, ob das gewählte Verhalten tatsächlich zu einer Anpassung führt. Durch den Empfang der entsprechenden Information wird diese Unsicherheit daher mindestens teilweise beseitigt. Im Gegensatz zur Situation, in der die Unsicherheit besteht und ein bestimmtes Verhalten nach einer Risikoabwägung nicht gewählt wird, lässt sich der unternehmerische Handlungsspielraum durch den Austausch von

980 SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 N 90; vgl. ähnlich auch den Sachverhalt im Baubeschläge-Fall, RPW 2010/4, S. 717 ff., insb. S. 718, mit der entsprechenden Übersicht über die Parteien; BSK KG-MEINHARDT/HUF-SCHMID, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 167.

981 BSK KG-MEINHARDT/HUF-SCHMID, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 178.

Informationen künstlich erweitern. Entscheidet sich ein Unternehmen, einen höheren Preis zu verlangen, weil die Konkurrentin zu verstehen gegeben hat, auch sie werde den Preis entsprechend anpassen, so können sie ein Marktergebnis erzielen, das aufgrund der Marktlage ansonsten eventuell nicht durchsetzbar gewesen wäre. Mit anderen Worten entspricht das Marktergebnis dann nicht der Situation bei Wettbewerbsverhältnissen. Die künstliche Erweiterung des Handlungsspielraums wird also vor allem dadurch bewirkt, dass eine Verhaltensoption offen steht, die im Zustand der Unsicherheit nicht zur Verfügung stünde. Die Möglichkeit, einen höheren Preis zu verlangen, ist nur dann tatsächlich vorhanden, wenn auch die Konkurrenz mitzieht, ansonsten würden sämtliche Kunden das Produkt zum tieferen Preis, mithin bei der Konkurrenz, kaufen. Daraus resultierte ein Verlust, was bei der Annahme eines rational handelnden Entscheidungsträgers keine wirkliche Handlungsalternative darstellt. Eine Verhaltensweise, welche die dem Markt grundsätzlich inhärente Unsicherheit über die Marktpositionen und die Strategien der Konkurrenten beseitigt und zu künstlichen Marktbedingungen führt, wird deshalb als kartellrechtlich bedenklich betrachtet⁹⁸². In diesem Sinne lässt sich ein Informationsaustauschsystem dann als Abstimmung qualifizieren, wenn es als ein Verhalten zu betrachten ist, das die Unsicherheit hinsichtlich des Marktverhaltens der Wettbewerber verringert und damit die Abstimmung des Geschäftsverhaltens erleichtert, wodurch das Risiko, das mit jeder eigenständigen Änderung des Verhaltens auf dem Markt einhergeht, weitestgehend beseitigt wird⁹⁸³. Diese Tatsache verleitete SCHRÖTER zu folgender Feststellung: »Der Informationsaustausch zwischen Konkurrenten mit dem Ziel, von vornherein die Ungewissheit über ihr zukünftiges Wettbewerbsverhalten auszuräumen, wird somit zum Mittel der Verhaltensabstimmung par excellence«⁹⁸⁴. Ungewissheit und Geheimhaltung zwischen den Wettbewerbern stellen wichtige Faktoren zur Gewährleistung des Wettbewerbs dar, weshalb ihre Beseitigung zu einer Einschränkung des Wettbewerbs führt bzw. führen kann⁹⁸⁵. In diesem Zusammenhang wird oftmals auch von Geheimwettbewerb gesprochen, worunter ein Marktzustand zu verstehen ist, in dem die Wettbewerber un-

982 EuGH vom 28. Mai 1998, Rs. C-7/95 P – John Deere, Rz 88 f.; vgl. ähnlich RPW 2010/4, S. 737 Rz 177 ff.

983 RPW 2010/4, S. 717 ff., insb. S. 737; EuGH vom 2. Oktober 2003, Rs. C-194/99 P – Thyssen Stahl, Rz 85–89; GIPPINI-FOURNIER, in: LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 N 97.

984 SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 N 87.

985 EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 N 109; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 169, mit dem Hinweis auf den Entscheid der Kommission vom 17. Februar 1992, abgedruckt in ABIEG vom 13. März 1992, Nr. L 68, S. 19 ff.; vgl. auch den FTC REPORT B2B (Fn 921), Part 3, S. 6; ebenso BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHMID, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 164.

bemerkt voneinander und autonom agieren können (Selbständigkeitspostulat)⁹⁸⁶. Diese Situation eröffnet den Unternehmen die Möglichkeit, mit dem eigenen Wissen einen Wettbewerbsvorsprung zu erreichen. Die (monetäre) Ausnützung dieses Vorsprungs zu seinen Gunsten stellt ein wesentlicher Anreiz des Wettbewerbs für das handelnde Unternehmen dar.

3.2. Wesen des Informationsaustauschs

3.2.1. Vorbemerkung

Ob ein Informationsaustausch im Sinne von Art. 5 i.V.m. Art. 4 Abs. 1 KG (bzw. Art. 101 AEUV) unzulässig ist, hängt entscheidend vom Wesen der ausgetauschten Information und von der Form des Austauschs ab⁹⁸⁷. Denn danach bestimmt sich, wie gezeigt, die Möglichkeit, Unsicherheiten hinsichtlich des Marktverhaltens der Wettbewerber zu verringern und damit die Abstimmung des Geschäftsverhaltens zu erleichtern. Das erste Kriterium lässt sich weiter in die Art der Informationen, in ihre Aktualität und in das Aggregationsniveau unterteilen. Die Form des Informationsaustauschs kann in dessen Organisation und in die Häufigkeit des Austauschs aufgegliedert werden. Anzumerken bleibt, dass der Inhalt der Information nicht nur bei der Frage nach der Beseitigung von Unsicherheiten von Bedeutung ist, sondern auch wenn danach gefragt wird, ob der (inkonnexe) Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, mithin in jenen Fällen, in denen die objektive Geeignetheit zu untersuchen ist. Aber auch bei der Prüfung der Wirkungen am Markt gilt der Informationsinhalt als bedeutendes Kriterium. In diesem Zusammenhang zeigt sich, dass die Erkenntnisse der Spieltheorie immerhin als Ansatzpunkte für die kartellrechtliche Beurteilung des Informationsaustauschs dienen können. Können die Unternehmen bereits aufgrund der dort aufgezeigten Kriterien ein gleichförmiges Verhalten wählen, ohne sich darauf abstimmen, insbesondere ohne Informationen austauschen zu müssen, so muss dies umso mehr gelten, wenn zusätzlich noch ein Informationsaustausch stattfindet.

986 KARENFORT, Informationsaustausch, S. 1156.

987 GIPPINI-FOURNIER, in: LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 N 97; KOSTKA, Harte Kartelle, Rz 220 ff.; vgl. auch die Übersicht in BSK KG-BÜHLER/HALBHEER, Vor Art. 1 N 105 f.; ähnlich WHISH, Competition Law, S. 528 ff.; RPW 2007/1, S. 144; vgl. auch KARENFORT, Informationsaustausch, S. 1158 ff. und SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 722 ff.

3.2.2. Art der Information (Informationsinhalt)

a) Einleitung

Damit eine Wettbewerbsabrede bzw. abgestimmte Verhaltensweise vorliegt, muss sie sich auf eine Einschränkung der Handlungsfreiheit hinsichtlich Wettbewerbsparameter beziehen⁹⁸⁸. Unter einem Wettbewerbsparameter wird gemeinhin ein Faktor bezeichnet, dem die Marktgegenseite für den Geschäftsabschluss Bedeutung zumisst⁹⁸⁹. In der Regel werden die folgenden Marktfaktoren als Wettbewerbsparameter bezeichnet: Preis, Menge, Art und Qualität des Produktes (bzw. einer Leistung), Beratung, Marketing, Geschäftsbedingungen, Lieferbedingungen, Bezugsquellen oder Vertriebskanäle⁹⁹⁰. Im Rahmen der Beurteilung eines Informationsaustauschs darf jedoch nicht eine Beschränkung auf Wettbewerbsparameter erfolgen. Bei inkonnexen Austauschsystemen können ohne Weiteres auch andere Informationen ausgetauscht werden, die letztlich zu einer abgestimmten Verhaltensweise führen, wodurch der Wettbewerb hinsichtlich eines Parameters eingeschränkt wird. Informationen über Nicht-Wettbewerbsparameter lassen sich oftmals auf ebensolche zurückführen, weil eine Wechselwirkung besteht. Dies gilt umso mehr, wenn ein konnexer Austausch vorliegt. Werden beispielsweise Informationen über die Kosten eines Bestandteils der Produktion ausgetauscht, erscheint dieser Austausch auf den ersten Blick unbedenklich. Gerade bei Betriebsvergleichen (*Benchmarking*, vgl. nachfolgend Ziff. 7.2) können solche Konstellationen öfters vorkommen. Die Beurteilung ändert sich aber, wenn diese Information insofern von Bedeutung ist, als dass sie Rückschlüsse auf die gesamten Produktionskosten und damit unter Umständen auch auf die Wettbewerbsparameter Preis oder produzierte Menge zulässt. Von kartellrechtlicher Relevanz ist damit zwar mehrheitlich der Austausch von Informationen über Wettbewerbsparameter, aber nicht nur. Es erscheint daher sinnvoller, vom Austausch wettbewerbssensibler Informationen zu sprechen. Zumeist wird auch von vertraulichen, firmenspezifischen bzw. von strategischen Informationen gesprochen, wobei mit vertraulichen Informationen nicht etwa Geschäftsgeheimnisse gemeint sind⁹⁹¹. In jedem Fall lässt sich jedoch vorweg festhalten, dass der Wettbewerb je nach Inhalt der Information unterschiedlich gefährdet wird⁹⁹². In

988 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 66 und BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 63 ff.; vgl. im Ergebnis auch SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 N 87.

989 ZÄCH, Kartellrecht, Rz 47.

990 BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 63.

991 RPW 2007/1, S. 144; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 219.

992 Vgl. ähnlich WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 219; zum Ganzen auch WHISH, Information Agreements, S. 23.

einer summarischen Betrachtungsweise lässt sich somit zunächst festhalten, dass der Austausch von Preisinformationen (vgl. nachfolgend lit. b) kartellrechtlich bedenklicher ist als der Austausch von Informationen beispielsweise über den Beschäftigungsgrad der Angestellten. Dies aus dem einfachen Grund, weil sich aus den Informationen über den Beschäftigungsgrad der Angestellten kaum oder nur schwer Rückschlüsse auf das strategische Marktverhalten der Konkurrenten ziehen lassen. Daher beseitigen sie dahingehend auch keine Unsicherheiten. Strategisch am wichtigsten sind sicherlich Preis- und Mengeninformationen, danach ist vor allem an Informationen über Kosten und die Nachfrage zu denken⁹⁹³.

b) Der Preis als direkter Parameter

Besonders kritisch dürfte der Austausch von *Preisinformationen* sein, worunter auch Preisveränderungen, zum Beispiel die Angabe von prozentualen Preisveränderungen, zu verstehen sind. Der Preis ist (zumindest bei Preiswettbewerb) ein entscheidender Wettbewerbsparameter und die Preisfestsetzung durch den Konkurrenten ist in vielen Fällen eine wesentliche Unsicherheit im Wettbewerb. Wettbewerbssensibel sind aber nicht nur die (direkten) Preisinformationen, sondern auch weitere Angaben, die letztlich einen Rückschluss auf den Preis zulassen. Von Bedeutung sind daher weiter Richt-, Höchst- oder Mindestpreise. Während Richtpreise bereits ihrem Wortlaut nach eine Empfehlung zur Abstimmung enthalten und es zulassen, dass die Preispolitik mit hinreichender Sicherheit vorhergesehen werden kann⁹⁹⁴, beseitigen Höchst- oder Mindestpreise die Unsicherheit auf dem Markt dahingehend, dass Rückschlüsse auf den konkret verlangten bzw. zu verlangenden Preis unnötig werden, weil der Mindest- oder der Höchstpreis eine Schranke darstellen, an der sich die Wettbewerber orientieren können. Zwar ist Preiswettbewerb dann nicht gänzlich ausgeschlossen, doch ist eine Einschränkung aufgrund der Schrankenbildung ohne Weiteres denkbar. Auch der Austausch dieser Informationen ist somit geeignet, Unsicherheiten zu beseitigen, weshalb er ebenso problematisch ist wie derjenige direkter Preisinformationen⁹⁹⁵.

Zu erwähnen sind schliesslich auch Listen- und Durchschnittspreise. Listenpreise sind zwar nicht unabänderlich, so dass gefolgert werden könnte, dass kei-

993 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 86; siehe auch AZCUENAGA, *Information Exchanges*, S. 44 f.; BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHMID, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b I. HS N 163 und 166.

994 WÄGENBAUR, in: LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, *Kartellrecht*, Art. 81 N 213.

995 POSNER, *Anitrust Law*, S. 86 f. und 159 ff.; WAGNER-VON PAPP, *Marktinformati-
onsverfahren*, S. 220 ff.

ne Schlüsse auf die tatsächlich verlangten Preise möglich sind und deshalb die fragliche Unsicherheit nicht beseitigt werden kann. Dies gilt aber nur so lange, als dass die Nachfrager in der Lage sind, den Preis zu verhandeln, weil sie in Kenntnis der Listenpreise der Konkurrenten des Anbieters den Wettbewerb spielen lassen können. Fehlt es allerdings an dieser vertikalen Transparenz, so dass die Nachfrager ohnehin nicht die Listenpreise vergleichen können, so werden sie auch nur geringen Verhandlungsspielraum haben. Dann aber stellen auch Listenpreise letztlich direkte Preisinformationen dar, deren Austausch Unsicherheiten über das Marktverhalten bzw. die Preisfestsetzungsstrategie (im Sinne einer Marktstrategie) der Konkurrenten beseitigt. Der Listenpreis dürfte aber selbst bei Annahme eines entsprechenden Verhandlungsspielraumes immerhin als Orientierungspunkt dienen und damit die Wirkungen eines Richtpreises haben⁹⁹⁶. Ähnliches gilt für den Durchschnittspreis. Zum einen kann er der nachträglichen Überprüfung des Preisverhaltens der Konkurrenten dienen, zum anderen kommt unter Umständen auch ihm die Funktion eines Richtpreises bzw. einer Empfehlung zu. Insofern kann der Austausch von Durchschnittspreisen nicht ohne Weiteres als unproblematisch qualifiziert werden, nur weil mit der Ermittlung des Durchschnitts eine Aggregation erfolgt ist und Rückschlüsse auf einzelne Konkurrenten oder einzelne Geschäftsabschlüsse schwieriger geworden sind⁹⁹⁷. Es ist somit davon auszugehen, dass Preisinformationen jeglicher Art in der Regel zumindest objektiv geeignet sind, die dem Wettbewerb inhärenten Unsicherheiten zu beseitigen. Dies kann anhand des Austauschs von Rabattinformationen illustriert werden: Rabattinformationen als solche lassen nicht einen *direkten* Rückschluss auf den Preis zu. Rabatte spielen aber in der individuellen Preisfestsetzung eine erhebliche Rolle und können auf Märkten, auf denen homogene Stückkosten bzw. ein einheitliches Preisniveau bestehen, den Wettbewerb entscheidend beeinflussen. Werden also Informationen über individuell gewährte Rabatte ausgetauscht, so wird es möglich, dass sich die Preisbandbreite verringert und sich der Wettbewerbsparameter »Preis« vereinheitlicht, was letztlich eine Beschränkung des Wettbewerbs bewirkt.

Als besonderer Fall eines Informationsaustauschs sind in diesem Kontext die bereits erwähnten Empfehlungen eines Marktteilnehmers zu nennen. Grundsätzlich gelten auch für (Preis-)Empfehlungen die vorstehend genannten Überlegungen. Besonders an ihnen ist aber, dass sie auf den ersten Blick als einseitige Verhaltensweise erscheinen. Solche sind in der Regel unter Art. 5 KG nicht relevant.

996 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 223, m.w.H.

997 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 224 ff., mit dem Hinweis, dass hingegen Preismediane als zulässig betrachtet werden könnten, weil sich in ihnen insbesondere Abweichungen im Preisverhalten nicht bzw. nur wenig niederschlagen würden. Zur Aggregation im Allgemeinen vgl. nachfolgend Ziff. 3.2.3.

Dennoch ist stets auch bei Empfehlungen zu untersuchen, ob trotz Einseitigkeit nicht doch ein bewusstes und gewolltes Zusammenwirken vorliegt. Damit eine Preisempfehlung als abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert werden kann, muss sie tatsächlich befolgt werden⁹⁹⁸. Mit anderen Worten stellt die Befolgung das festzustellende Verhalten auf dem Markt dar. Eine Empfehlung, die nicht befolgt wird, stellt demgegenüber, wie gezeigt, einen einseitigen Vorgang und nicht eine abgestimmte Verhaltensweise dar⁹⁹⁹.

Wie bei jedem Informationsaustausch sind auch bei Preisinformationen allfällige effizienzfördernde Aspekte zu beachten. Bei der Abwägung zu berücksichtigen ist insbesondere, dass vor allem der Austausch von Preisinformationen (im Sinne eines Überbegriffs) im horizontalen Verhältnis von kartellrechtlicher Bedeutung ist, während die Preisgabe entsprechender Informationen im vertikalen Gefüge die Markttransparenz für den Wettbewerb positiv erhöht, indem für die Nachfrageseite Preisvergleiche möglich werden, was Suchkosten verringert und den Wettbewerb unmittelbar fördert¹⁰⁰⁰. Besonders bei Empfehlungen ist allerdings fraglich, inwiefern die Effizienz tatsächlich gesteigert werden kann. Zumindest müsste dies von den beteiligten Unternehmen konsequent dargelegt werden¹⁰⁰¹.

c) Produktionsmenge und Umsatz

Von grosser Bedeutung ist neben dem Preis auch die Mitteilung von Informationen über die *Produktion oder die Verkaufsmenge* sowie den *Umsatz*. Diese Angaben werden vor allem dann relevant, wenn der Wettbewerb nicht über den Preis erfolgt (vgl. nachfolgend lit. e). Aber auch unabhängig von der Art des herrschenden Wettbewerbs sind diese Angaben wertvoll, weil unter Umständen Rückschlüsse nicht nur auf den Preis, sondern generell auf das Marktverhalten möglich werden. So könnte durch eine Veränderung der Produktionsmenge auf eine Abweichung (*cheat*) geschlossen werden. Gleiches gilt für den Umsatz, der nichts anderes ist als das Produkt aus Menge und Preis pro Menge. Zwar führt

998 BORER, Kartellgesetz, Art. 4 N 11; ebenfalls als abgestimmte Verhaltensweise zu qualifizieren ist eine von Abnehmern angeregte Empfehlung, ergibt sich doch auch hier ein Zusammenwirken, vgl. dazu auch ZÄCH, Kartellrecht, S. 180 f.

999 ZÄCH, Kartellrecht, S. 180 f.; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 123; wie generell bei der Erhöhung der Transparenz ist auch bei Empfehlungen zwischen vertikalen und horizontalen Verhältnissen zu unterscheiden. Allerdings ist, wie gezeigt, abgestimmtes Verhalten auch im vertikalen Verhältnis möglich.

1000 POSNER, Antitrust Law, S. 86 f.; ZÄCH, Kartellrecht, S. 177, Rz 367; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 119.

1001 ZÄCH, Kartellrecht, S. 181.

die Multiplikation zu einer Aggregation der Mengen- und Preisinformationen, was Rückschlüsse erschwert. Allerdings ist zu beachten, dass neben dem Umsatz unter Umständen noch weitere Informationen erhältlich, eventuell auch öffentlich beobachtbar sind. Die Aggregation verliert beispielsweise ihre verschleiernde Wirkung, wenn Richtpreise, Listenpreise oder Preisspannen bekannt sind. Schliesslich ist zu beachten, dass ein *cheat* kaum je ohne feststellbare Schwankungen des Umsatzes vor sich gehen dürfte. In diesem Fall lässt sich aber durch Beobachtung des Umsatzes das Verhalten des Konkurrenten rekonstruieren¹⁰⁰². Entscheidend sind somit auch hier die Umstände des Einzelfalls, um beurteilen zu können, inwiefern Unsicherheiten hinsichtlich des Verhaltens der Konkurrenten beseitigt werden (können).

d) Weitere Parameter

Neben dem Preis, dem Umsatz und den Mengen können auch Informationen über Marktanteile, Kosten, Kunden, Gebiete und technische Angaben kartellrechtliche Bedeutung erlangen¹⁰⁰³. Anstelle beispielsweise der Produktionskosten sind, besonders im Detailhandel (namentlich in Bezug auf importierte Markenprodukte), im Weiteren auch die Einkaufspreise zu nennen. Während die Marktanteile eine zentrale Funktion in der Aufrechterhaltung eines konkreten (abgestimmten) Verhaltens spielen, indem sie Rückschlüsse auf den »Anteil des Kuchens« und damit auf die »Aggressivität« des Wettbewerbs zulassen, stellen die (Grenz-)Kosten eines Unternehmens eine Schranke für die tiefstmögliche Preisfestsetzung dar. Der Austausch von Informationen über die Kosten hat daher eine ähnliche Wirkung wie der Austausch von Mindestpreisen. In jedem Fall erleichtern solche Informationen die Abstimmung hinsichtlich eines anderen Parameters, sofern sie eine solche nicht bereits von sich aus ermöglichen. Auch der Austausch von Kundendaten kann bedenklich sein, wenn zu befürchten ist, die Unternehmen könnten sich hinsichtlich der Marktaufteilung abstimmen oder eine solche überwachen, sind mit den Kundendaten doch in der Regel auch geographische Angaben verbunden¹⁰⁰⁴.

Neben den genannten Informationen bzw. Informationsinhalten sind schliesslich auch alle weiteren, zu einer Geschäftsstrategie und damit zum strategischen Marktverhalten gehörenden Angaben bedeutsam. Geschäfts- und Investitions-

1002 Zum Ganzen WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 226 ff.

1003 Vgl. dazu auch die LEITLINIEN SEEVERKEHR, Rz 50 ff.

1004 Zum Ganzen WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 228 ff.; LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 86; im Übrigen auch KOSTKA, Harte Kartelle, S. 73 f.; vgl. dazu auch RPW 2010/4, S. 717 ff.

pläne, Informationen zur Forschung und Entwicklung und technisch relevante Angaben zu einem Produkt können unter Umständen ebenso kartellrechtliche Bedenken wecken¹⁰⁰⁵. Selbstverständlich springt die Problematik der Wettbewerbsbeschränkung nicht unmittelbar ins Auge. Erforderlich ist aber, dass im Sinne einer Gesamtbetrachtung auch der Austausch solcher Informationen kritisch hinterfragt wird¹⁰⁰⁶. Letztlich sind es immer die Umstände des Einzelfalls, die den Austausch von bestimmten Informationen als bedenklich oder eben unbedenklich erscheinen lassen (vgl. auch gleich nachfolgend lit. e).

e) Bedeutung der Information auf dem Markt und Marktabdeckung

Bereits die Ausführungen zu den statischen Modellen haben gezeigt, dass Unternehmen nicht zwingend nur über den Preis konkurrieren müssen. Bei Cournot-Wettbewerb ist die Menge entscheidend, weshalb diesbezügliche Informationen von grösserer Bedeutung sind¹⁰⁰⁷. Weiter wurde bereits erwähnt, dass auf Märkten, auf denen der Wettbewerb über Technologie und Innovation erfolgt, auch solche Informationen einen Wert erhalten. Gleiches gilt für die Kosten. Während bei homogenen Produkten oder Dienstleistungen bzw. bei Vorliegen von Symmetrien die Kosten weniger bedeutsam sind, ermöglicht der Austausch von Informationen über Kostenstrukturen auf Märkten mit heterogenen Produkten oder Dienstleistungen eine Stabilisierung des (abgestimmten) Verhaltens. Dies zeigt, dass nicht nur (abstrakt) entscheidend ist, welche Informationen ausgetauscht werden, sondern auch, welche Bedeutung diese auf dem Markt haben. Diese Tatsache ist bei der Beurteilung eines Informationsaustauschs zu berücksichtigen, um Beurteilungsfehler (sog. Fehler 1. bzw. 2. Ordnung) zu vermeiden. Stets ist daher eine Einzelfallprüfung erforderlich.

Schliesslich gilt es zu beachten, dass ein Informationsaustausch dann in einen kartellrechtlich problematischen Bereich gelangt, wenn die beteiligten Wettbewerber einen erheblichen Teil des relevanten Marktes abdecken. Dieses Kriterium deckt sich nur teilweise mit demjenigen der Marktanteile im Rahmen der Beurteilung der Marktbedingungen (vgl. nachfolgend Ziff. 3.4). Während bei der Frage nach den Marktanteilen der Markt als solcher zu betrachten ist, betrifft die

1005 Vgl. allerdings BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHEIDT, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 24 ff., mit Hinweisen auch auf die europäischen Regelungen und die Praxis.

1006 Ebenso WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 231 ff.

1007 Vgl. dazu auch WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 226 f., mit dem wichtigen Hinweis, dass in einer »Laborumgebung« mit perfekten Bedingungen zwar anhand der Produktionsmenge auf den Preis geschlossen werden könnte. Dafür wäre aber erforderlich, dass die Mengen aller Marktteilnehmer bekannt wären, was kaum je vorkommen dürfte.

hier angesprochene Marktabdeckung lediglich die am Austausch beteiligten Unternehmen. Die dahinter steckende Problematik ist allerdings dieselbe. Je mehr Einfluss die beteiligten Konkurrenten auf den Markt haben, desto unbedeutender oder geringer werden die Möglichkeiten derjenigen Unternehmen, die sich nicht am Austausch beteiligen, disziplinierend einzugreifen. Wann Unternehmen einen erheblichen Teil des Marktes abdecken, ist aufgrund der vorliegenden Marktbedingungen und sämtlicher weiterer Umstände in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen¹⁰⁰⁸.

3.2.3. Aktualität der Information und Aggregationsniveau

Bislang wurde einzig davon gesprochen, dass der Austausch insbesondere strategischer Informationen kartellrechtliche Bedenken hervorrufen kann. Strategische Informationen beseitigen aber nicht in jedem Fall die Unsicherheiten über das Marktverhalten. Vielmehr entscheidet sich die Frage der strategischen Verwendbarkeit von Informationen insbesondere auch danach, wie alt diese sind und ob sie aggregiert werden¹⁰⁰⁹.

Der Austausch historischer Daten ist weniger geeignet, Unsicherheiten über das (zukünftige) Marktverhalten der Konkurrenten zu beseitigen. Sie führen somit in der Regel nicht zu einem gemeinsamen Verständnis des Marktes bzw. zu gegenseitigen Verhaltenserwartungen, impliziert doch bereits das Wort »Erwartungen« einen Blick in die Zukunft und nicht in die Vergangenheit. Immerhin aber lässt der Austausch historischer Informationen das mittlerweile vergangene Verhalten nachvollziehbar machen und insofern auch das zukünftige überwachen. Dies ist allerdings zu relativieren: Je älter die Information ist, desto weniger kann die Überwachungsfunktion wahrgenommen werden. Damit aber sinkt die Wahrscheinlichkeit von Vergeltungsmassnahmen. In diesem Sinne wird beispielsweise die Veröffentlichung historischer, erhebungsgestützter Richtpreise als zulässig betrachtet¹⁰¹⁰. Dass aber auch historische Informationen den Ruf eines Unternehmens entscheidend prägen und Unternehmen aus dem vergangenen Verhalten ihrer Konkurrenten lernen können, ist bei der Abwägung und Gesamtbetrachtung nicht zu vergessen. Insofern kann der Austausch historischer Informationen bedenklich sein, wenn er die durch einen gleichzeitigen und allenfalls

1008 Zum Ganzen vgl. LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 87 f.

1009 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 86; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 231 ff.; KOSTKA, Harte Kartelle, S. 74; WHISH, Competition Law, S. 528 ff.; LEITLINIEN SEEVERKEHR, Rz 50 ff.; RPW 2007/1, S. 144; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 106; BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHEIDT, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 166.

1010 BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 126.

zulässigen Austausch aktueller Informationen bereits herabgesetzte Unsicherheit weiter verringert¹⁰¹¹. Demgegenüber ist der Austausch von Informationen über zukünftiges Verhalten ohne Weiteres als kartellrechtlich bedenklich zu qualifizieren, beziehen sich die strategischen Unsicherheiten doch direkt auf die Frage, wie sich der Wettbewerber in Zukunft verhalten wird¹⁰¹².

Von besonderer Bedeutung ist schliesslich auch das Aggregationsniveau der Informationen¹⁰¹³. Werden aggregierte Informationen ausgetauscht, das heisst solche, die nur sehr schwer Rückschlüsse auf individuelle unternehmensspezifische Daten zulassen, sei dies hinsichtlich eines konkreten Unternehmens oder eines bestimmten Geschäftsabschlusses, sind die wettbewerbsrechtlichen Bedenken geringer, denn diese Informationen sind nur sehr wenig geeignet, Unsicherheiten über (künftiges) Marktverhalten zu beseitigen¹⁰¹⁴. Hinzu kommt, dass die Sammlung und Veröffentlichung von aggregierten Informationen den Unternehmen die Möglichkeit gibt, ihre Einschätzung des Marktes auf Fakten zu stützen und so Allokationsineffizienzen zu vermeiden bzw. zu verringern. Durch einen solchen Informationsaustausch werden also die von den Unternehmen zu treffenden strategischen Entscheidungen rational abgestützt, ohne dass mit wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen zu rechnen wäre. Das Gegenstück bilden daher die individuellen Unternehmensdaten, die nach dem Gesagten kartellrechtlich bedenklich sind, und zwar nicht nur dahingehend, dass sie Unsicherheiten über das künftige Verhalten beseitigen, sondern auch in dem Sinne, dass sie die Überwachung des Verhaltens der Konkurrenten und die Bestrafung auch nur eines einzigen »Abweichlers« ermöglichen¹⁰¹⁵. Zusammenfassend lässt sich so-

1011 Vgl. die ähnliche Konzeption in der VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 46 Rz 248 ff.; LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 86, mit dem Hinweis, dass sich die Beantwortung der Frage, wann eine Information als historisch zu betrachten sei, nach den Merkmalen des relevanten Marktes und danach, wie häufig in der Branche Neuverhandlungen über Preise stattfinden würden, richte; MØLLGAARD/OVERGAARD, Transparency and competition policy, S. 123.

1012 BSK KG-BÜHLER/HALBHEER, Vor Art. 1 N 105 f.; KÜHN, Fighting Collusion, S. 180 ff.

1013 BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHEIDT, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 166 und 168 f. Als etwas abgemilderte Variante erscheint anstelle der Aggregation unter Umständen eine Anonymisierung der Information. Ob diese allerdings sämtliche wettbewerbsrechtlichen Bedenken beseitigt, kann erst beurteilt werden, wenn insbesondere die Form des Austauschs letztlich nicht doch Rückschlüsse auf einzelne Wettbewerber zulässt.

1014 Zu beachten ist, dass eine Aggregation in Bezug auf die auf dem Markt tätigen Unternehmen grundsätzlich genügend wirksam ist, um eine (künstliche) Beseitigung von Unsicherheiten hinsichtlich des (zukünftigen) Marktverhaltens eines Konkurrenten zu verhindern. Sind allerdings lediglich noch zwei Wettbewerber auf dem Markt tätig, muss eine Aggregation der einzelnen Geschäftsabschlüsse erfolgen, wobei unter Umständen auch eine blosser Anonymisierung nicht mehr ausreicht. Je nach Marktbedingungen (vgl. nachfolgend Ziff. 3.4) hat daher eine unterschiedliche Beurteilung zu erfolgen.

1015 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 89.

mit festhalten, dass der Austausch aktueller oder zukünftiger, individueller Informationen am problematischsten ist, während ein solcher von aggregierten, historischen Informationen, die weder Rückschlüsse auf ein konkretes Unternehmen noch auf ein bestimmtes zukünftiges Verhalten zulassen, weniger wettbewerbsrechtliche Bedenken wecken dürfte¹⁰¹⁶.

3.3. Form des Informationsaustauschs: Organisation und Häufigkeit

Von Bedeutung ist weiter die Form des Informationsaustauschs, beeinflusst sie doch ebenfalls die Frage, inwiefern Unsicherheiten hinsichtlich des künftigen Marktverhaltens der Konkurrenten beseitigt werden können. Beispielsweise kann davon ausgegangen werden, dass ein direkter Austausch unter den beteiligten Wettbewerbern entsprechende Unsicherheiten beseitigen kann, während eine Sammlung von Informationen über die Öffentlichkeit dazu nicht im gleichen Umfang geeignet ist. Der Grund ist darin zu suchen, dass die letztere Variante nicht garantiert, dass die fraglichen Informationen auch tatsächlich beim Konkurrenten ankommen. Es besteht mit anderen Worten trotz der Information an die Öffentlichkeit die Unsicherheit darüber, ob auch der Wettbewerber sie erhalten und demzufolge eine übereinstimmende Markterwartung hat. Vor diesem Hintergrund ist daher stets zu prüfen, wie das Austauschsystem organisiert ist und wie häufig Informationen ausgetauscht werden. Eine erste Konkretisierung betrifft die Frage, wem die Informationen mitgeteilt werden, ob sie den Empfängern exklusiv, das heisst unter Ausschluss weiterer »Personen«, zur Verfügung gestellt werden und ob es sich um öffentliche oder nicht öffentliche Informationen handelt. Der Austausch von Informationen einzig unter den Wettbewerbern unter Ausschluss der Marktgegenseite, mithin die Erhöhung der horizontalen Transparenz, dürfte kartellrechtlich bedenklicher sein, als wenn die Marktgegenseite, also die Nachfrager, ebenso von der gesteigerten Transparenz profitieren. Dies gilt umso mehr, wenn nicht alle, sondern nur ein kleiner Kreis der Wettbewerber Informationen austauscht, was zu einer Informationsasymmetrie führt¹⁰¹⁷. Die Verfügbarkeit der Informationen und der Kreis der Empfänger sind diesfalls entscheidende Kriterien, wobei der fehlende Zugang zu Informationen auch eine Markteintrittsschranke bewirken kann¹⁰¹⁸. Beachtlich ist, dass die Frage der Ex-

1016 WHISH, Competition Law, S. 528 ff.; WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 234 ff.; KOSTKA, Harte Kartelle, S. 74; zum Ganzen auch MØLLGAARD/OVERGAARD, Transparency and competition policy, S. 123.

1017 Eine solche Situation wäre daher wohl auch unter Art. 7 KG bzw. Art. 102 AEUV beachtlich; vgl. im Übrigen auch WHISH, Information Agreements, S. 32.

1018 CABALLERO SANZ, Information Exchange Mechanisms, S. 32 und 34; BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHEIDT, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 165.

klusivität des Systems zwar nicht direkt – oder zwingend – den Umfang der Beseitigung von Unsicherheiten betrifft. Zu den übrigen drei Kriterien (Art der Information, Marktbedingungen, Aktualität bzw. Aggregationsniveau) besteht jedoch immerhin eine Wechselwirkung, indem die Form des Austauschs deren Bedeutung verstärkt oder abschwächt. Im Übrigen wird die Form des Austauschs auch bei der Beurteilung allfälliger Effizienzgründe und beim Zweck der abgestimmten Verhaltensweise zur berücksichtigen sein.

Öffentliche Informationen sind Informationen, die für alle Marktteilnehmer grundsätzlich zugänglich sind. Dies ist dann der Fall, wenn die Beschaffungskosten für die ausserhalb des Austauschsystems stehenden Marktteilnehmer gleich hoch sind wie für die an diesem Beteiligten. Sind die Informationen aber für alle Marktteilnehmer gleichermaßen erhältlich, so dürfte ihr (exklusiver) Austausch kaum wettbewerbsrechtlich problematisch sein¹⁰¹⁹. Eher unbedenklich sind öffentliche Preisankündigungen. Zwar können auch hier Wettbewerbsbedenken nicht ausgeschlossen werden, doch müsste in der Abwägung berücksichtigt werden, dass die Erhöhung der Markttransparenz erhebliche Effizienzvorteile bringt¹⁰²⁰. Zu beachten ist jedenfalls, dass die Preisankündigung als solche noch keinen kartellrechtlichen Tatbestand darstellt, so lange sie als einseitiges Vorgehen eines einzigen Wettbewerbers zu betrachten ist. Selbstverständlich wäre es möglich, dass die Konkurrenten die öffentliche Kundgabe von Preisen als Preisankündigung bezeichnen, um eine dahinter stehende Absprache oder abgestimmte Verhaltensweise zu tarnen. Aus diesem Grund ist in allen Fällen, in denen öffentliche Informationen oder die Weitergabe von Informationen an die Öffentlichkeit Gegenstand der Untersuchung bilden, im Detail zu prüfen, ob die erhöhte Transparenz tatsächlich der Marktgegenseite zugute kommt. Denn entscheidend ist nicht die (»unrichtige«) Bezeichnung des Vorgangs (Preisgabe von Informationen), sondern letztlich das Marktergebnis. Können sich die Wettbewerber auch bei der Weitergabe von Informationen an die Öffentlichkeit abgestimmt verhalten, dann reduzieren sich die Ausweichmöglichkeiten der Markt-

1019 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 92; KOSTKA, *Harte Kartelle*, S. 75; zur öffentlichen Information auch WAGNER-VON PAPP, *Marktinformationsverfahren*, S. 250 ff.; vgl. weiter auch MØLLGAARD/OVERGAARD, *Transparency and competition policy*, S. 109, die darauf hinweisen, dass nicht immer klar ist, ob Informationen nun lediglich den Wettbewerbern oder auch der Marktgegenseite zur Verfügung stehen. Bessere Informiertheit der Konsumenten würde allerdings auch die Anreize, von der Abstimmung abzuweichen, erhöhen und daher eine bestimmte Verhaltensweise instabiler machen.

1020 KOSTKA, *Harte Kartelle*, S. 75; vgl. aber auch SCHULTZ, *Transparency on the consumer side and tacit collusion*, S. 279 ff., sowie VIVES, *Information Sharing: Economics and Antitrust*, S. 7.

gegenseite – der Wettbewerb wird beschränkt¹⁰²¹. Darauf, mithin auf die tatsächlichen Umstände, ist bei der Beurteilung abzustellen.

Weiter ist danach zu differenzieren, wie der Austausch konkret vonstatten geht. Denkbar ist ein direkter Austausch zwischen den Wettbewerbern bzw. über ihre Organe oder Vertreter¹⁰²². In der Praxis von Bedeutung ist aber auch der Austausch von Informationen über Verbände (*trade associations, agencies*)¹⁰²³. Der direkte Austausch ist in der Regel problematischer, weil davon auszugehen ist, dass die Unternehmen diese Informationen nicht aggregieren werden und die übrigen und nicht am Austausch beteiligten Marktteilnehmer per definitionem ausgeschlossen sind. Daraus ergibt sich ein weiteres Mal, dass exklusive Austauschsysteme kartellrechtlich bedenklicher sind, wenn dadurch andere Konkurrenten ausgeschlossen werden¹⁰²⁴. Gleichzeitig werden gerade auch die Konsumenten bei geschlossenen Austauschsystemen kaum von Effizienzgewinnen profitieren können¹⁰²⁵.

Schliesslich ist auf die Frage der Häufigkeit des Informationsaustauschs einzugehen. Je häufiger der Informationsaustausch stattfindet, desto besser wird die Kenntnis über den Markt und das Verhalten der Konkurrenten. Die Häufigkeit hat daher einen direkten Einfluss auf die (objektive bzw. potentielle) Geeignetheit, Unsicherheiten zu beseitigen und dadurch auf die Möglichkeit, Strategien anzupassen, wobei sich diese auch nach der Stabilität des Marktes richtet. Ein stabiler Markt bewirkt als solcher bereits weniger Unsicherheiten, so dass weniger Austausche benötigt werden. Von Bedeutung sind auch allfällige Vertragslaufzeiten und damit die Zeitpunkte von Preisneuverhandlungen. Bei langen Vertragslaufzeiten werden Preise seltener verhandelt, für das strategische Verhalten sind somit weniger häufig Informationen erforderlich, weshalb auch seltenere Informationsaustausche wettbewerbsrechtlich bedenklich sein können¹⁰²⁶. Von Bedeutung ist dies insbesondere bei Auktionen bzw. Submissionen, die selten stattfinden, gerade auch, wenn der Staat Vertragspartei ist. Letztlich ist ebenfalls zu

1021 WAGNER-VON PAPP, Marktinformativsverfahren, S. 251 f.

1022 Allenfalls etablieren die Wettbewerber auch ein komplexes Austauschsystem über entsprechende Server (Sammeln von Ticketpreisen und tägliche Verteilung dieser Informationen an die Airlines); vgl. dazu U.S. vs. Airline Tariff Publisher Co., Civil Action No. 92-2854, 10. August 1994, und in diesem Zusammenhang die Hinweise bei MØLLGAARD/OVERGAARD, Transparency and competition policy, S. 118 f. und bei AZCUENAGA, Information Exchanges, S. 44; KÜHN, Fighting Collusion, S. 184 ff.; im Übrigen auch KOSTKA, Harte Kartelle, S. 75; BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHMID, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b I. HS N 155.

1023 WHISH, Competition Law, S. 523 f.; WHISH, Information Agreements, S. 35.

1024 KOSTKA, Harte Kartelle, S. 416, Rz 1220; siehe auch WHISH, Information Agreements, S. 23 f.

1025 KÜHN, Fighting Collusion, S. 183 f.

1026 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 91.

beachten, dass die Häufigkeit des Austauschs einen Einfluss zum einen auf die Möglichkeit der Entdeckung einer Abweichung und von Vergeltungsmassnahmen hat, und dass zum anderen alle diese Kriterien in die Beurteilung des Werts zukünftiger Gewinne einfließen, die ein Unternehmen macht. Im Rahmen einer Gesamtbetrachtung ist unter Umständen nicht erforderlich, dass regelmässig Informationen ausgetauscht werden bzw. worden sind, damit eine Abrede oder eine abgestimmte Verhaltensweise bejaht werden kann. Von Bedeutung ist vielmehr, dass die ausgetauschte Information Unsicherheiten über das künftige Marktverhalten zu beseitigen vermag. Insofern kann die Teilnahme auch nur an einer einzigen Sitzung, an der entsprechende Informationen ausgetauscht werden, genügen, dass der Austausch geeignet erscheint, um Unsicherheiten zu beseitigen, weshalb eine Abstimmung angenommen werden kann¹⁰²⁷. Auf der anderen Seite ist unter Umständen aber ein häufiger Informationsaustausch erforderlich, um von der Beseitigung von Unsicherheiten sprechen zu können. Relevant sind daher auch hier die konkreten Umstände des Einzelfalls¹⁰²⁸.

3.4. Marktstruktur bzw. Marktbedingungen

Lediglich der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle und unter dem Blickwinkel, *wann* der Austausch von Informationen unzulässig sein dürfte, auf die Marktstruktur hingewiesen. Denn grundsätzlich kann dazu auf die namentlich im ökonomischen Teil dieser Arbeit gemachten Ausführungen verwiesen werden¹⁰²⁹. Wie gezeigt, ist für die rechtliche und ökonomische Beurteilung eines Informationsaustauschs die Marktstruktur von erheblicher Bedeutung. In Erinnerung zu rufen ist, dass eine hohe Markttransparenz, eine geringe Anzahl Wettbewerber, ein wenig komplexer Markt, stabile Angebots- und Nachfragebedingungen sowie allfällige hohe Marktzutrittsschranken von besonderer Relevanz sind, um wettbewerbsrechtliche Bedenken zu wecken. Zu beachten sind aber auch mögliche Symmetrien (bezüglich Kosten, Nachfrage, Marktanteile, Produktpalette und Kapazitäten). Diese Bedingungen müssen nicht kumulativ vorliegen. Je

1027 EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 28 ff.; LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 62.

1028 Beachtlich ist die Häufigkeit schliesslich auch bei der in der europäischen Rechtsprechung entwickelten Kausalitätsvermutung. Finde der Austausch über einen langen Zeitraum regelmässig statt, so sei besonders davon auszugehen, dass die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Festlegung ihres Marktverhaltens berücksichtigen würden, vgl. EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 51 ff. (vgl. dazu auch nachfolgend Ziff. 4.2.2).

1029 Vgl. beispielsweise vorstehend § 10 Ziff. 3.3 (insb. Ziff. 3.3.2); weiter auch § 14 Ziff. 2.2 und 3.3; siehe dazu auch WHISH, Competition Law, S. 526 f.

mehr von ihnen allerdings erfüllt sind, desto problematischer wird der Informationsaustausch, da Unsicherheiten einfacher beseitigt werden können¹⁰³⁰.

Sämtliche dieser Kriterien sind bei der Beurteilung eines Informationsaustauschs also deshalb relevant, weil die Möglichkeiten zur Abstimmung erleichtert bzw. Unsicherheiten in erheblichem Umfang beseitigt werden, je nach dem, welche Marktstruktur vorliegt. Bei hoher *Markttransparenz* wird beispielsweise die Verständigung über die Koordinationsmodalitäten vereinfacht oder die Stabilität des abgestimmten Verhaltens erhöht. So bewirkt die allgemeine Kenntnis der Preisstrategie des Konkurrenten zwar eine Beseitigung der Ungewissheit über dessen mögliches zukünftiges Verhalten. Der Austausch des vergangenen »Preisverhaltens« lässt nun aber zusätzlich eine Überprüfung der Strategie zu. Selbst wenn also die beabsichtigten Preise öffentlich bekannt sind und dahingehend bereits ohne Informationsaustausch hohe Transparenz herrscht, führt der Austausch von Informationen über vergangenes Verhalten dazu, dass die Ungewissheit über die tatsächliche Umsetzung der beabsichtigten Strategie (also bezüglich der Frage, ob der bekannte Preis tatsächlich verlangt worden ist) beseitigt wird. In diesem Sinne wird die Transparenz weiter – und künstlich – erhöht. Von Bedeutung ist somit sowohl der Transparenzgrad ohne Informationsaustausch als auch die Veränderung der Transparenz durch den Austausch. Gleichzeitig zeigt sich durch diese Veränderung, dass die am Austausch beteiligten Unternehmen das tatsächliche Verhalten der Konkurrenten nachträglich überprüfen und bei Bedarf, namentlich wenn sich ein Unternehmen nicht der Abstimmung gemäss verhalten hat, Sanktionen einleiten können, was die bereits erwähnte Stabilität des Verhaltens auch ohne rechtlich erzwingbare Vereinbarungen erhöht¹⁰³¹.

Gerade die Überprüfung des Verhaltens der Konkurrenten, generell aber auch der Transparenzgrad auf einem bestimmten Markt, hängt auch wesentlich von der Anzahl der Marktteilnehmer ab. Wie gezeigt, hat die *Anzahl Wettbewerber* eine erhebliche Bedeutung. Im Rahmen dieser Arbeit erfolgte daher auch eine

1030 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 77 ff.; ebenso KOSTKA, Harte Kartelle, Rz 227. Es ist zu beachten, dass unter Umständen noch weitere Faktoren zu berücksichtigen sind, dazu § 10 Ziff. 3.3 (insb. Ziff. 3.3.2 oder auch 3.3.5). Anzuführen ist, dass die Leitlinien stets von möglichen Kollusionsergebnissen sprechen. Dies ist insofern richtig, als dass mit einem Kollusionsergebnis ein Parallelverhalten gemeint ist. Im Hinblick auf die Qualifikation als Wettbewerbsabrede bzw. abgestimmte Verhaltensweise ist allerdings nicht nur von Bedeutung, wann mit einem (kollusiven) Parallelverhalten zu rechnen ist, sondern inwiefern Marktbedingungen für die Beseitigung von Unsicherheiten über das (künftige) Marktverhalten relevant sind, wodurch eine Abstimmung erreicht werden könnte.

1031 Vgl. auch die LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 78.

Begrenzung auf Oligopole¹⁰³², ohne dabei allerdings diesem Kriterium in der rechtlichen Beurteilung ein besonderes Gewicht geben zu wollen. Je mehr Wettbewerber auf dem Markt tätig sind, desto schwieriger wird es, mit dem Informationsaustausch Unsicherheiten zu beseitigen und eine Abstimmung zu erreichen. Erstens ist die Koordination zwischen zwei Wettbewerbern einfacher als zwischen zehn¹⁰³³. Zweitens erhöht sich die Datenmenge mit zunehmender Anzahl Wettbewerber, was wiederum höhere Anforderungen an die Koordination und Überwachung stellt. Beide Punkte erhöhen gleichzeitig die Transaktionskosten, was schliesslich zum dritten Punkt führt: Muss bei einer höheren Anzahl Wettbewerber der erzielte Gewinn auf mehr am abgestimmten Verhalten Beteiligte aufgeteilt werden und müssen dabei gleichzeitig die höheren Transaktionskosten mitberücksichtigt werden, so zeigt sich, dass der – zumindest monetäre – Anreiz, sich der Abstimmung gemäss zu verhalten, sinkt. Die Verhaltensweise wird dadurch weniger stabil. Ein Informationsaustausch kann sich daher bei (engen) Oligopolen in der Regel deutlich stärker wettbewerbsbeschränkend auswirken¹⁰³⁴.

Ähnliche Überlegungen sind auch bei der *Komplexität des Marktes* (differenzierte bzw. homogene Produkte und Prozesse, unterschiedliche Preise, komplexe Vertragsverhältnisse, usw.) zu machen. Je komplexer der Markt ist, desto weniger ermöglicht es ein Informationsaustausch, Unsicherheiten hinsichtlich des künftigen Verhaltens der Konkurrenten zu beseitigen, denn in komplexen Märkten hängt dieses Verhalten von einer Vielzahl von Faktoren ab. Allerdings bedeutet dies auch, dass der Informationsaustausch umso umfassender sein kann bzw. muss, damit Unsicherheiten auch tatsächlich beseitigt werden können, wodurch eine Abstimmung ermöglicht würde¹⁰³⁵. Komplexe Märkte bewirken allerdings oftmals auch *Marktein- oder -austrittsschranken*. Diese führen dazu, dass Unsicherheiten über die Folgen eines bestimmten Verhaltens dahingehend beseitigt werden, dass weniger zu befürchten ist, ein neu eintretender Konkurrent könnte das bestehende Gefüge erschüttern, indem er durch eine Preisunterbietung die gesamte Nachfrage auf sich zieht¹⁰³⁶. Es zeigt sich somit, dass die Be-

1032 Siehe dazu vorstehend § 8 Ziff. 3.3; WHISH, Information Agreements, S. 22 und 29 f.; vgl. auch CABALLERO SANZ, Information Exchange Mechanisms, S. 33; AZCUENAGA, Information Exchanges, S. 47.

1033 BRÜTSCH, Parallelverhalten, S. 59.

1034 BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHEIDT, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 169; LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 79.

1035 WHISH, Information Agreements, S. 22 f.; LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 80.

1036 Vgl. auch den Hinweis auf die Rechtsprechung bei WHISH, Information Agreements, S. 29 f.

deutung der Komplexität ambivalent ist. Stets kommt es auf die Beurteilung des Einzelfalles an.

Wie bei komplexen Märkten ist es auch bei instabilen *Angebots- und Nachfragebedingungen* schwieriger, sich zu koordinieren, wenn die Unternehmen nicht über Informationen verfügen, die Rückschlüsse auf die Angebots- oder Nachfrageentwicklung zulassen. Der Austausch von Informationen über Angebot und Nachfrage beseitigt somit Unsicherheiten über die Frage, worauf beispielsweise Schwankungen in der Nachfrage zurück zu führen sind (*price cut* oder durch die Marktphase bedingter tatsächlicher Rückgang). Die Unternehmen können ihr Verhalten dadurch in geeigneter Weise anpassen und vermeiden es, auf einen bei sich selbst beobachteten Rückgang der Nachfrage mit einem Preiskrieg zu reagieren, wenn gar keine Abweichung seitens eines Konkurrenten erfolgt ist. Das Wissen um die Marktbedingungen macht das abgestimmte Verhalten daher stabiler¹⁰³⁷. Gleiches gilt für *Symmetrien* bei den (Markt-)Strukturen. Bereits das Bewusstsein um Symmetrien bezüglich Kosten, Nachfrage, Marktanteile, Produkte oder Kapazitäten bewirkt eine Verringerung von Ungewissheiten. Ein Austausch von diesbezüglichen Informationen kann daher vermehrt unterstützend wirken und den beteiligten Unternehmen insbesondere aufzeigen, wo trotz Symmetrien Unterschiede bestehen. Sind solche tatsächlich vorhanden, wird die Koordination ohnehin schwieriger. In einem solchen Fall kann der Informationsaustausch helfen, die Koordinationsprobleme zu überwinden¹⁰³⁸. Unter dem Titel der Marktbedingungen nicht zu vergessen ist die *Marktphase*. Besonders in der Stagnations- und der Rückbildungsphase sind wettbewerbsrechtliche Bedenken angebracht, weil der Anreiz für Unternehmen, von einem Verhalten abzuweichen, ohnehin sinkt.

Das Kartellrecht kennt neben eigentlichen Verträgen (Abreden), wie gezeigt, auch nicht erzwingbare Übereinkünfte und insbesondere die abgestimmte Verhaltensweise. Bei dieser letzteren Erscheinungsform besteht zusätzlich stets die Unsicherheit darüber, ob das, worauf sich die Wettbewerber »verständigt« haben, auch tatsächlich eingehalten wird. In diesem Zusammenhang werden insbesondere die Möglichkeiten, Vergeltungsmassnahmen auszuführen, und die Bewertung von zukünftigem Gewinn relevant. Die Frage, wie die Wettbewerber *künftige Gewinne* bewerten und ob rasche *Vergeltungsmassnahmen* möglich

1037 WHISH, Information Agreements, S. 30. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass, worauf POSNER, Antitrust Law, S. 161, zu Recht hinweist, ein entsprechender Informationsaustausch gerade in Situationen unklarer Angebots- und Nachfragebedingungen effizienzfördernd wirken kann. Wissen die Unternehmen um einen Nachfrageschock, so können sie in ökonomisch adäquater Weise handeln und so Fehlallokationen verhindern.

1038 Vgl. zum Ganzen LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 80 ff.

sind, wurde im Rahmen der Spieltheorie bereits erläutert¹⁰³⁹. Die Beantwortung dieser Frage schlägt sich in ihrem Willen nieder, sich so zu verhalten, wie es dem Informationsaustausch entsprechen würde. Dies ist ein Aspekt, den es auch bei der Beurteilung des Kausalzusammenhangs zwischen dem tatsächlich festgestellten Verhalten und dem Informationsaustausch zu berücksichtigen gilt, namentlich bei der Frage der Widerlegung der Vermutung¹⁰⁴⁰. Hinsichtlich der Vergeltungsmassnahmen ist jedoch zudem beachtlich, dass sie gleichzeitig auch die Unsicherheiten beim nicht abweichenden Unternehmen insofern beseitigen, als dass die Wahrscheinlichkeit steigt, dass sich der Konkurrent auch tatsächlich der Abstimmung gemäss verhalten wird. In diesem Sinne werden die beiden einleitend genannten Kriterien auch beim Informationsaustausch im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise relevant, selbst wenn sie vor allem im Rahmen der ökonomisch verstandenen Kollusion und damit im Bereich der kollektiven Marktbeherrschung bedeutsam sind.

3.5. Zwischenfazit und Standortbestimmung

In einer kartellrechtlichen Untersuchung ist nach dem Gesagten somit zunächst danach zu differenzieren, ob ein konnexer oder ein inkonnexer Informationsaustausch vorliegt. Bei *konnexen Informationsaustauschsystemen* ist der Austausch als solcher lediglich ein Instrument zur Etablierung, Durchsetzung oder Aufrechterhaltung einer Abrede. Dies gilt auch für den Fall, dass die Abrede stillschweigend bzw. konkludent abgeschlossen wird. Der Informationsaustausch kann diesfalls bereits die (erste) Willensäußerung darstellen, wobei die Reaktion des Vertragspartners (zweite Willensäußerung) zum Beispiel durch seinerseitige Preisgabe von Informationen oder durch Ausführung entsprechender Handlungen vor dem Hintergrund der gegenseitigen Erwartungen erfolgen kann. Eine gesonderte Betrachtung des Informationsaustauschs als Instrument ist nicht notwendig. Bei *inkonnexen Informationsaustauschsystemen* ist zu untersuchen, ob eine Vereinbarung zum Austausch von Informationen vorliegt, oder ob der Informationsaustausch »lediglich« eine abgestimmte Verhaltensweise darstellt. Dies ist dann der Fall, wenn er als »Absprache« zu betrachten ist, welche die Unsicherheit hinsichtlich des Marktverhaltens der Wettbewerber verringert und damit die Abstimmung des Geschäftsverhaltens erleichtert, wodurch das Risiko, das mit jeder selbständigen Änderung des Verhaltens auf dem Markt einhergeht, weitestgehend beseitigt wird. Die Beseitigung dieses Risikos führt schliesslich

1039 Vgl. vorstehend § 10 Ziff. 2 und 3 und LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 83 ff.

1040 Dazu nachfolgend Ziff. 4, insb. Ziff. 4.2.2.

zu einer künstlichen Erweiterung des Handlungsspielraums der beteiligten Wettbewerber. Dies aber wird vom Selbständigkeitspostulat nicht geschützt, denn Wettbewerb erfordert, dass jeder Wettbewerber seine Marktstrategie selbständig festlegt¹⁰⁴¹. Ob eine künstliche Erweiterung des Handlungsspielraums vorliegt, hängt vom Wesen des Informationsaustauschs, von seiner Form und von den Wettbewerbsbedingungen (Marktstruktur) ab. Zu bejahen wird dies in der Regel sein, wenn strategische, firmenspezifische Informationen zwischen Unternehmen auf einem wenig komplexen, oligopolistisch strukturierten Markt ausgetauscht werden. Weiter gilt es zu untersuchen, welche Bedeutung die fragliche Information auf dem Markt hat und welche Marktabdeckung die am Austausch beteiligten Unternehmen haben. Von Relevanz ist weiter, ob die Information aktuell ist und ob sie in aggregierter Form vorliegt. Aktuelle und nicht aggregierte Informationen können eher die auf dem Markt herrschende Unsicherheit beseitigen. Schliesslich ist zu untersuchen, wie häufig und auf welche Art und Weise die Informationen ausgetauscht werden. Je höher die Häufigkeit und je direkter und exklusiver der Austausch ist, desto problematischer ist dieser bzw. desto eher werden auch tatsächlich Unsicherheiten beseitigt¹⁰⁴². Entscheidend sind letztlich die Umstände des Einzelfalls in einer Gesamtschau.

4. Tatsächlich festgestelltes Verhalten und Kausalzusammenhang zwischen diesem und dem Informationsaustausch
- 4.1. Das Verhalten und dessen Ursache; der Kausalzusammenhang als Abgrenzungskriterium zu anderen Parallelverhalten

Der blosse Austausch von Informationen als solcher genügt für die Annahme einer abgestimmten Verhaltensweise nicht. Der Begriff der abgestimmten Verhaltensweise verlangt vielmehr, dass auch tatsächlich ein der Abstimmung entsprechendes (Parallel-)Verhalten festgestellt werden kann¹⁰⁴³. Wenn die abgestimmte Verhaltensweise definitionsgemäss ein Mindestmass an Verhaltenskoordination bzw. eine bewusst gewählte praktische Zusammenarbeit verlangt, so

1041 WHISH, Information Agreements, S. 21.

1042 Als praktisches Beispiel für das Vorgehen bei einer solchen Beurteilung ist der Fallbericht des Deutschen Bundeskartellamtes vom 12. Mai 2011 im Bereich der Beschaffung von Rohmilch zu nennen, abrufbar unter <http://www.bundeskartellamt.de/wDeutsch/download/pdf/Kartell/Kartell11/Fallberichte/B02-118-10-ENDG.pdf> (zuletzt besucht am 12. Juli 2011); vgl. im Übrigen auch die Klassifizierungen bei MØLLGAARD/OVERGAARD, Transparency and competition policy, S. 122 (Table 1).

1043 Vgl. auch EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 N 114 ff.; SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 718.

liegt darin das Erfordernis einer zumindest theoretisch von aussen feststellbaren Aktion¹⁰⁴⁴. Der Informationsaustausch ist lediglich die Abstimmung, nicht aber bereits die Verhaltensweise. Zwar ist das Erfordernis der Koordination nur schwer fassbar, doch lassen oftmals nur die tatsächlich getätigten Schritte eines Unternehmens auf die ihnen zugrunde liegende Abstimmung schliessen¹⁰⁴⁵. Illustrativ ist in diesem Zusammenhang das Verfahren in Sachen Mobilfunkmarkt. Die WEKO eröffnete damals das Verfahren nach durchgeführter Marktbeobachtung¹⁰⁴⁶. Erforderlich ist weiter, dass die am Austausch beteiligten Unternehmen das entsprechende Marktverhalten *aufgrund* der empfangenen Informationen an den Tag legen. Mit anderen Worten muss das Verhalten kausal zur Abstimmung sein¹⁰⁴⁷.

Beide insbesondere von der europäischen Rechtsprechung entwickelten Kriterien, also tatsächliches Marktverhalten und Kausalzusammenhang, sind auch für das Schweizer Recht zu fordern. Denn damit wird man auch der Praxis insofern gerecht, als dass Behörden regelmässig entweder auf Selbstanzeige hin oder erst aufgrund eines festgestellten Verhaltens tätig werden. In jedem Fall aber liegt im Sinne eines Indizes ein Parallelverhalten vor, dessen Abgrenzung von anderen Parallelverhaltensweisen nur danach vorgenommen werden kann, was die Ursache dieses Verhaltens ist¹⁰⁴⁸. Ein Verhalten muss sich deshalb auf eine gewollte Abstimmung und nicht etwa auf exogene Faktoren zurückführen lassen. Und unter keinem Umstand ist es, wie gezeigt, bereits der Wille zum Informationsaustausch alleine, der eine abgestimmte Verhaltensweise ausmacht¹⁰⁴⁹.

Die Kausalität zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten ist in der Regel dann zu bejahen, wenn die Koordination zwischen den Unternehmen über längere Zeit und regelmässig praktiziert wird bzw. wurde¹⁰⁵⁰. Zurückzuführen ist diese Schlussfolgerung auf die Annahme, dass Unternehmen rational entscheiden und deshalb empfangene Informationen zwangsläufig in ihre Entscheidungsfindung miteinbeziehen, sei dies auch nur so weit, dass sie als nicht entscheidend relevant eingestuft werden. Der Empfang von Informationen lässt sich nicht derart steu-

1044 Ähnlich BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 123.

1045 GIPPINI-FOURNIER, in: LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, Kartellrecht, Art. 81 N 99.

1046 Vgl. RPW 2002/1, S. 113 und vorstehend § 13 Ziff. 1.2.3.e.

1047 Vgl. EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 28 ff.; EuGH vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Rz 118 und 121 ff.; vgl. ähnlich BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 68.

1048 EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 N 109; ähnlich KOSTKA, Harte Kartelle, Rz 504 ff.

1049 Im Ergebnis ähnlich VERFÜGUNG KOMPONENTEN, S. 29 Rz 141; vgl. auch EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 N 114 ff.; vgl. auch BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 103.

1050 Im Ergebnis BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 68 und 103.

ern, dass sie beim Empfangenden keine Spuren hinterliessen. Jede Information wird mindestens im Unterbewusstsein gespeichert und bei Bedarf in einen Kontext gesetzt. In diesem Fall wird sie zu Wissen, das als Grundlage weiterer Entschiede dient. In der europäischen Rechtsprechung wurde daher gar die Vermutung aufgestellt, dass die an der Abstimmung beteiligten und nach wie vor auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen würden¹⁰⁵¹. Diese Annahme ist grundsätzlich folgerichtig und dürfte in den meisten Fällen (zumindest bei Vorliegen einer oligopolistischen Interdependenz) der Wirklichkeit entsprechen¹⁰⁵². Nichtsdestotrotz bleibt es dem Unternehmen unbenommen, ungeachtet der empfangenen Information den Weg des Wettbewerbs anstelle der Abstimmung zu wählen, so dass ein tatsächlich feststellbares Parallelverhalten gar nicht erst vorliegt. Soweit schliesslich komplexe Verhaltensweisen, die aus mehreren Teilakten bestehen, vorliegen, ist die Kausalität dann zu bejahen, wenn zwischen ihnen ein Fortsetzungszusammenhang erkennbar ist¹⁰⁵³. Liegt ein solcher vor, können verschiedene Informationsaustausche alleine oder alle in ihrer Gesamtheit im Rahmen des gesetzten Ziels als ursächlich für das festgestellte Verhalten qualifiziert werden.

Hinzuweisen ist letztlich auch darauf, dass sich die am Austausch beteiligten Unternehmen unter Umständen Handlungen der Konkurrenten anzurechnen haben¹⁰⁵⁴. Die Kausalität muss daher nicht zwingend zwischen der eigenen Beteiligung am Informationsaustausch und dem eigenen Marktverhalten vorliegen. Es genügt vielmehr die Beteiligung an der Abstimmung (mithin am Informationsaustausch), wenn sich der Konkurrent dafür entsprechend auf dem Markt verhält – und umgekehrt. Ein solcher Fall liegt beispielsweise dann vor, wenn ein Unternehmen lediglich Informationen (über den eigenen verlangten Preis) weitergibt und das empfangende Unternehmen sein Verhalten dem Ersteren angleicht. Dies entspricht einer sinngemässen bzw. analogen Anwendung von Art. 50 OR, wonach mehrere Schädiger schadenersatzpflichtig werden, wenn sie den Schaden gemeinsam verursacht haben und jeder Schädiger um das pflichtwidrige Verhalten des anderen weiss oder wissen konnte. Die Intensität der Mit-

1051 EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 21; vgl. auch LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 62;

1052 Es ist allerdings gleich nachfolgend darauf einzugehen, inwiefern eine (gesetzliche) Vermutung und damit die Auferlegung des allfälligen Gegenbeweises bzw. der Gegenbeweislaster gerechtfertigt ist, vgl. Ziff. 4.2.2.

1053 SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 N 69; in diesem Zusammenhang wird auch vom Konzept der Gesamtvereinbarung im Sinne einer Beweiserleichterung gesprochen, vgl. KOSTKA, Harte Kartelle, S. 184 f.

1054 EuGH vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Rz 78 ff.; vgl. auch EuGH vom 7. Januar 2004, Rs. C-204/00 – Aalborg Portland, Slg. 2004, Rz 281 ff.

wirkung bzw. die Art der Beteiligung ist für eine Inanspruchnahme grundsätzlich ohne Belang¹⁰⁵⁵.

4.2. Vermutungen im Besonderen

4.2.1. Vom Wesen der Vermutung im Allgemeinen

Wo das Gesetz es nicht anders bestimmt, hat derjenige das Vorhandensein einer behaupteten Tatsache zu beweisen, der aus ihr Rechte ableitet (vgl. Art. 8 ZGB). Als allgemeiner Rechtsgrundsatz gilt diese Beweislastnorm nicht nur im Zivilprozess, sondern auch im Verwaltungsverfahren vor der WEKO¹⁰⁵⁶. Grundsätzlich hat somit der Kläger bzw. die Behörde zu beweisen, dass ein bestimmter Tatbestand erfüllt ist. Eine Umkehr der Beweislast, gerade infolge Beweisschwierigkeiten, gibt es grundsätzlich nicht¹⁰⁵⁷. Selbst bei Sachverhalten mit schwieriger Beweislage haben der Kläger im zivilrechtlichen bzw. die Wettbewerbsbehörde im verwaltungsrechtlichen Verfahren die objektive und subjektive Beweislast grundsätzlich zu tragen, wenn das Gesetz nichts anderes vorsieht¹⁰⁵⁸.

Spezielle Beweislastvorschriften können in der Form von Vermutungen vorkommen. Unter einer Vermutung versteht man gemeinhin den Schluss von Bekanntem auf Unbekanntes¹⁰⁵⁹. Zu unterscheiden ist grundsätzlich zwischen gesetzlichen und (allgemeinen) tatsächlichen Vermutungen. Die gesetzlichen können wiederum Rechts- oder Tatsachenvermutungen sein¹⁰⁶⁰. Diese Unterscheidung ist deshalb von Relevanz, weil sie sich auf die rechtliche Qualifikation der Vermutung auswirkt. Während die Rechtsvermutung im Gesetz (mindestens implizit) bestimmt, dass von einer Tatsachengrundlage auf das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses zu schliessen ist, besagt die gesetzliche Tatsachenvermutung, dass von einer Tatsache auf eine andere innere oder äussere Tatsache geschlossen werden kann¹⁰⁶¹. Die allgemeine tatsächliche Vermutung, die sich per definitionem nicht im Gesetz findet, stellt hingegen das Ergebnis richterlicher Denktätigkeit dar. Sie ist immer »nur« eine Wahrscheinlich-

1055 BSK OR I-SCHNYDER, Art. 50 N 5 f.; zu denken ist auch an Fälle blosser Gehilfenschaft.

1056 BSK KG-ZIRKLICK/TAGMANN, Art. 30 N 90; BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 27.

1057 BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 71.

1058 Vgl. auch HABSCHEID, Zivilprozessrecht, Rz 644.

1059 BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 317.

1060 BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 68; HABSCHEID, Zivilprozessrecht, Rz 646.

1061 HABSCHEID, Zivilprozessrecht, Rz 646; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 317; KOSTKA, Harte Kartelle, S. 288 ff.

keitsfolgerung, wobei der Schluss vom Bekannten auf Unbekanntes jeweils *im konkreten Einzelfall* aufgrund der seitens des Richters vorhandenen (Lebens-) Erfahrung und seines Wissens gezogen wird, in dem das, was bewiesen ist, als tauglich betrachtet wird, um für einen weiteren, direkt nicht bewiesenen Umstand zu zeugen¹⁰⁶². Mit anderen Worten stellt der Richter bewiesene Umstände vor den Hintergrund seines Wissens und seiner Erfahrung und legt danach fest, ob angesichts dessen ein nicht bewiesener Umstand derart wahrscheinlich ist, dass sein Vorhandensein anzunehmen bzw. zu vermuten ist. Aus diesem Grund wird bei den tatsächlichen Vermutungen auch von richterlichen Vermutungen als Gegensatz zu den gesetzlichen Vermutungen gesprochen¹⁰⁶³.

Wurde einleitend von speziellen Beweislastvorschriften gesprochen, so ist dies ungenau. Zwar haben *gesetzliche Vermutungen* einen erheblichen Einfluss auf das Beweisverfahren, doch kann nicht vorbehaltlos beispielsweise von einer Beweislastumkehr ausgegangen werden. Vielmehr ergibt sich aus der Vermutung eine Beweiserleichterung durch Veränderung des Beweisthemas¹⁰⁶⁴. Die Vermutung im Sinne eines Oberbegriffes besteht stets aus einer Vermutungsbasis und einer Vermutungsfolge. Ein Beispiel dafür ist die Rechtsvermutung des Eigentums in Art. 930 ZGB: Vom Besitzer einer beweglichen Sache wird vermutet, dass er ihr Eigentümer sei (Abs. 1). Der Besitz stellt die Vermutungsbasis dar, während das Eigentum an der beweglichen Sache die Vermutungsfolge ist. Diese gesetzliche Vermutung bedeutet nun insofern eine Änderung des Beweisthemas, als dass nicht die das Eigentum begründenden Tatumstände zu beweisen sind, sondern der Besitz. Hierfür ist nach wie vor, mithin trotz Vermutung, der Kläger als Vermutungsträger beweisbelastet. Misslingt der Beweis der Basis, so kann immer noch die Folge (direkt) bewiesen werden. Daher führt die Vermutung zunächst nicht zu einer Veränderung der Beweislast. Erst wenn der Beweis der Vermutungsbasis gelingt, erfolgt eine Umkehr der Beweislast, allerdings »nur« hinsichtlich der Vermutungsfolge¹⁰⁶⁵. Es kann daher auch von einer *partiellen Beweislastumkehr* gesprochen werden. Demgegenüber haben richterliche Vermutungen nichts mit Beweislastregeln zu tun. Sie sind vielmehr Ausfluss der freien richterlichen Beweiswürdigung, da es sich bei der Abwägung, ob eine Sachbehauptung durch andere (umliegende) bewiesene Sachumstände so wahrscheinlich gemacht ist, dass sie sich zur richterlichen Überzeugung verdichtet hat, um eine beweiswürdige Tätigkeit handelt¹⁰⁶⁶.

1062 BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 362 f.

1063 Vgl. die Hinweise bei BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 362.

1064 ZÄCH, Kartellrecht, S. 215 f.; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 333.

1065 Zum Ganzen BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 333 ff.; KOSTKA, Harte Kartelle, S. 288 ff.

1066 HABSCHEID, Zivilprozessrecht, Rz 647; BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 363; BSK ZGB I-SCHMID/LARDELLI, Art. 8 N 86.

In der Umkehr der Beweislast hinsichtlich der Vermutungsfolge liegt selbstverständlich die entscheidende Wirkung der Vermutung. Dem Vermutungsgegner obliegt es demnach, die Vermutung (im Sinne eines Oberbegriffs) zu widerlegen. Die Umkehr der Beweislast bewirkt auch einen Übergang der Behauptungslast, das heisst der Pflicht, jene Tatsachenbehauptungen aufzustellen, die letztlich eine Subsumption unter den entsprechenden Tatbestand zulassen. Gesetzliche Vermutungen können zunächst durch den Gegenbeweis gegen den Beweis der Vermutungsbasis widerlegt werden. Damit kann der Vermutungsgegner die Vermutung noch vor ihrer Entstehung beseitigen und dem Vermutungsträger die Verpflichtung auferlegen, die Vermutung durch den direkten Beweis des Vorliegens der Vermutungsfolge zu beweisen. Daneben kann der Vermutungsgegner aber auch versuchen, den Beweis des Gegenteils zu erbringen, wenn die Vermutungsbasis bewiesen ist. Mit anderen Worten muss er das Vermutete widerlegen. Aufgrund der objektiven Beweislast obliegt ihm der Hauptbeweis. In Verfahren mit Verhandlungsmaxime trifft ihn zudem auch die subjektive Beweislast. Anzuführen ist, dass in Verfahren mit Untersuchungsmaxime Mitwirkungs- und Auskunftspflichten die subjektive Beweislast des Vermutungsträgers mindern¹⁰⁶⁷. Richterliche Vermutungen können hingegen, da sie nicht zu einer Umkehr der Beweislast führen, durch den blossen Gegenbeweis widerlegt werden¹⁰⁶⁸.

Die Unterscheidung zwischen Gegenbeweis und Beweis des Gegenteils ist von Bedeutung, denn sie ist nicht nur begrifflicher, sondern auch inhaltlicher Natur. Der Gegenbeweis ist der Beweis der nicht beweisbelasteten Partei, also derjenige des Gegners des Beweisbelasteten. Der Beweis des Gegenteils ist hingegen der Hauptbeweis derjenigen Partei, die mit einer gesetzlichen Vermutung und daher mit einer (partiellen) Beweislastumkehr konfrontiert ist (daher die Verwendung des Begriffes »Gegenteil«). Inhaltlich liegt der Unterschied darin, dass die nicht beweisbelastete Partei mit dem Gegenbeweis im Verfahren bereits dann erfolgreich ist, wenn dieser beim Richter bzw. bei der Behörde Zweifel an der Richtigkeit der Sachdarstellung, die Gegenstand des Hauptbeweises bildet, weckt. Nicht erforderlich ist hingegen, dass der Richter bzw. die Behörde von der Richtigkeit des Gegenbeweises vollends überzeugt wird. Dies folgt daraus, dass es in erster Linie Sache der beweisbelasteten Partei ist, mit entsprechenden Beweisen die eigene Sachdarstellung als überzeugend zu präsentieren. Die Gegenpartei kann sich damit begnügen, Beweise ins Feld zu führen, die gegen diese Überzeugung sprechen. Anders sieht es demgegenüber beim Beweis des Gegenteils aus. Es handelt sich hier um einen »normalen« Hauptbeweis, der sich gegen die Vermutung bzw. die Vermutungsfolge richtet. Der Vermutungsgegner als

1067 BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 337 f.; BSK KG-ZIRLICK/TAGMANN, Art. 30 N 91.

1068 BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 363.

Beweisbelasteter hat den Richter bzw. die Behörde zu überzeugen, dass das Gegenteil der Vermutungsfolge der wirklichen Sachlage entspricht¹⁰⁶⁹.

4.2.2. Vermutung des Kausalzusammenhangs zwischen Informationsaustausch und Verhalten

Damit die abgestimmte Verhaltensweise von anderen – und unter Umständen kartellrechtlich zulässigen – Parallelverhalten abgegrenzt werden kann, muss zwischen dem festgestellten Verhalten und dem Informationsaustausch, wie gezeigt, ein Kausalzusammenhang bestehen. Die europäische Rechtsprechung entwickelte hierzu die Vermutung, dass die an der Abstimmung beteiligten und weiterhin auf dem Markt tätigen Unternehmen die mit ihren Wettbewerbern ausgetauschten Informationen bei der Bestimmung ihres Marktverhaltens berücksichtigen würden. Dies sei umso mehr der Fall, wenn die Abstimmung über längere Zeit regelmässig stattfinde¹⁰⁷⁰. Allerdings gelte die Vermutung unter Umständen auch dann, wenn bloss ein einziges Treffen stattgefunden habe, soweit dabei bereits die Unsicherheiten beseitigt worden seien¹⁰⁷¹. Zu beachten ist, dass es sich hierbei um eine Kausalitätsvermutung und nicht um die Vermutung tatsächlich kausalen Verhaltens handelt¹⁰⁷². Mit anderen Worten wird nicht vermutet, dass das Verhalten abgestimmt ist, sondern dass das (abgestimmte) Verhalten kausal zur Abstimmung ist. Die einzelnen Voraussetzungen, wie sie hier aufgezeigt werden, sind klar voneinander zu trennen.

Vor diesem Hintergrund fragt sich, wie diese Kausalitätsvermutung zu qualifizieren ist und ob sie auch in der Schweizer Praxis zu gelten hat. Unter einem Kausalzusammenhang versteht man gemeinhin die Beziehung zwischen Ursache und Wirkung¹⁰⁷³. Im Haftpflichtrecht (bzw. im Vertragsrecht) wird grundsätzlich zwischen dem natürlichen und dem adäquaten Kausalzusammenhang unterschieden. Während beim natürlichen Kausalzusammenhang mit der so genannten »condicio sine qua non«-Formel danach gefragt wird, ob der Schaden (Wirkung) auch eingetreten wäre, wenn ein bestimmter Umstand (Ursache) weggedacht würde, dient der adäquate Kausalzusammenhang der Eingrenzung der Ursachenpalette. Als haftungsbegründend wird nur diejenige Ursache betrachtet, die nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und der allgemeinen Erfahrung geeignet ist,

1069 Zum Ganzen BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 106 ff.

1070 EuGH vom 8. Juli 1999, Rs. C-49/92 P – Anic Partecipazioni, Rz 118 und 121 ff.; EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 51 ff.

1071 Vgl. zur Rechtsprechung vorstehend insb. § 14 Ziff. 3.4.4 und 3.4.7.

1072 So aber offenbar GIPPINI-FOURNIER, in: LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, Kartellrecht, Art. 81 N 100.

1073 REY, Haftpflichtrecht, Rz 517.

den eingetretenen Erfolg zu bewirken¹⁰⁷⁴. Die Beurteilung der Adäquanz steht im Ermessen des Gerichts und erschöpft sich letztlich in einem Werturteil, weshalb es sich, im Gegensatz zum natürlichen Kausalzusammenhang, um eine Rechtsfrage handelt¹⁰⁷⁵.

Es fragt sich nun, welches die Rechtsnatur der hier zu beurteilenden Kausalitätsvermutung ist. Dabei ist zu beachten, dass die von der europäischen Rechtsprechung entwickelte Vermutung sich weder explizit noch implizit dem Gesetz entnehmen lässt. Die Kausalitätsvermutung lässt auch nicht den Schluss auf das gegenwärtige Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechts oder Rechtsverhältnisses zu¹⁰⁷⁶. Sie kann damit nicht eine gesetzliche Vermutung sein. Daraus folgt, dass es sich um eine richterliche Vermutung im Sinne einer tatsächlichen Vermutung handeln muss¹⁰⁷⁷. Vermutungsbasis ist das Verhalten und der Austausch entsprechender Informationen¹⁰⁷⁸. Die Vermutungsfolge ist der Kausalzusammenhang, mithin die Annahme, dass der Austausch und die ausgetauschten Informationen ursächlich für das festgestellte (parallele) Marktverhalten sind. Gelingt der Nachweis des (Parallel-)Verhaltens und des Austauschs entsprechender Informationen, wobei nach dem Gesagten die Wettbewerbsbehörde oder den Kläger diesbezüglich die objektive und die subjektive Beweislast treffen, so ist grundsätzlich zu vermuten, dass das betroffene Unternehmen die Information bei der Festlegung seines Verhaltens tatsächlich berücksichtigt hat.

Handelt es sich also um eine richterliche Vermutung, so ist sie »lediglich« das Ergebnis einer Beweiswürdigung, sei dies nun durch eine Wettbewerbsbehörde oder ein Zivilgericht. In diesem Sinne ist auch die Formulierung hinsichtlich der Lebenserfahrung zu verstehen. Zu beachten ist aber, dass sowohl im Kartellzivilprozess als auch im Kartellverwaltungsverfahren der Grundsatz der freien Beweiswürdigung gilt¹⁰⁷⁹. Weder der Richter noch die Wettbewerbsbehörde sind

1074 BSK OR I-SCHNYDER, Art. 41 N 15 ff.

1075 REY, Haftpflichtrecht, Rz 528 ff.

1076 BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 324.

1077 Vgl. auch BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 362 ff.; a.M. wohl SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 719, sofern er der Auffassung sein sollte, aus der Schlussfolgerung des EuGH, dass die Kausalitätsvermutung Art. 81 EGV (bzw. Art. 101 AEUV) entnommen werden könne und sie somit eine Frage des materiellen Rechts darstelle, ergebe sich, dass es sich um eine gesetzliche Vermutung handle. M.E. zielen die entsprechenden Ausführungen des EuGH nicht auf die Konstituierung einer gesetzlichen Vermutung ab. Vielmehr wollte der Gerichtshof wohl lediglich sicherstellen, dass diese Vermutung auch von den mitgliedstaatlichen Gerichten angewendet wird.

1078 Bei richterlichen Vermutungen ist es zwar nicht ganz richtig, von Vermutungsbasis und Vermutungsfolge zu sprechen, weil sie letztlich das Resultat einer freien Würdigung der Beweise bzw. Indizien sind. Der Einheitlichkeit der Begriffe halber werden sie hier aber dennoch verwendet, auch wenn die Gefahr besteht, dass sie mit gesetzlichen Vermutungen verwechselt werden.

1079 Art. 157 ZPO; Art. 19 VwVG i.V.m. Art. 40 BZP; vgl. BSK KG-BILGER, Art. 39 N 62.

grundsätzlich an die Vermutung gebunden. Das heisst, dass ihre Annahme ohne Überprüfung der Grundlagen nicht zulässig ist, ansonsten in dieser Hinsicht die Beweiswürdigung unterlassen würde. Die Folge der Vermutung ist also nicht, dass die ihr zugrunde liegenden Umstände nicht untersucht und bewiesen werden müssten (beispielsweise das Marktverhalten, der Informationsaustausch und die Marktstruktur, usw.), sondern nur, dass nicht bewiesen werden muss, dass das entsprechende Marktverhalten gerade aufgrund der ausgetauschten Information gewählt worden ist. Dieser Beweis wäre aufgrund der Tatsache, dass es sich bei der Berücksichtigung einer Information im Entscheidungsprozess um einen inneren, das heisst im Entscheidungsträger sich vollziehenden Vorgang handelt, ohnehin nur schwer zu erbringen.

Wenn die von der europäischen Rechtsprechung entwickelte Vermutung aber »bloss« einen Aspekt der Beweiswürdigung darstellt, so steht ihrer Anwendung in der Schweizer Praxis grundsätzlich nichts entgegen. Mit anderen Worten kann auch in Schweizer Verfahren vermutet werden, dass zwischen den ausgetauschten Informationen bzw. dem Austausch *entsprechender* Informationen und dem tatsächlich festgestellten Verhalten ein Kausalzusammenhang besteht, wenn die Behörde oder das Gericht aufgrund der individuellen Gegebenheiten zum Schluss kommt, dass das betroffene Unternehmen die erhaltenen Informationen bei der Festlegung seines Verhaltens berücksichtigt haben *muss*. Zu diesen Gegebenheiten zählen die bereits vorstehend unter Ziff. 3.3 und 3.4 genannten Indizien und zusätzlich die Dauer der Abstimmung, deren Regelmässigkeit und die Frage, ob die Unternehmen weiterhin (das heisst nach der Abstimmung) auf dem Markt tätig sind. Weiter können neben der Vermutungsbasis wiederum die Marktstruktur, das Wesen des Informationsaustauschs, darunter namentlich die Art der Information, und unter Umständen die Tatsache, dass es keine andere ökonomisch vertretbare Erklärung für das festgestellte Verhalten gibt, genannt werden. Denn je mehr Unsicherheiten beseitigt werden, desto schwieriger dürfte es für ein Unternehmen werden, sich einem gewinnbringenden Verhalten zu verschliessen. Zu denken ist in diesem Zusammenhang auch an die Bewertung zukünftiger Gewinne durch die Unternehmen und die Möglichkeit, Vergeltungsmassnahmen zu ergreifen¹⁰⁸⁰. Wenn der Anreiz, das gewinnbringende (»kollusive«) Verhalten zu wählen, ansteigt, wird es unwahrscheinlicher, dass das nach Gewinn strebende Unternehmen gerade nicht dieses Verhalten wählt. Im Übrigen erscheint es, wie dies bereits an anderer Stelle dieser Arbeit aufgezeigt wurde, als rationale Entscheidung, dass sich die Unternehmen in strategischen Entscheidungssituationen auf alle verfügbaren und relevanten Informationen stützen. Haben die Unternehmen ebensolche relevanten Informationen ausgetauscht, so

1080 Vgl. dazu auch vorstehend Ziff. 3.4.

dürfte kaum argumentiert werden können, dass gerade diese Informationen für die Festlegung des eigenen Marktverhaltens keine Rolle gespielt hätten. Diese Schlussfolgerung entspricht ohne Weiteres der Lebenserfahrung¹⁰⁸¹. Im Übrigen ist diese Wahrscheinlichkeitsfolgerung, die sich auf die Erfahrung und das Wissen des Gerichts oder der Behörde stützt, auch deshalb zulässig, weil sie erstens keine Umkehr der Beweislast bewirkt und zweitens widerlegt werden kann. Es braucht nicht der Beweis des Gegenteils, sondern »nur« der Gegenbeweis erbracht zu werden. Dies bedeutet, dass das Unternehmen Beweise aufzuführen hat, die an der Vermutung zweifeln lassen¹⁰⁸². Zwar haben die ökonomischen Erkenntnisse in dieser Arbeit aufgezeigt, dass nicht zwingend immer auf die Rationalität der Entscheidungsträger abgestellt werden kann (Mängel in der Rationalitätsannahme), sondern dass namentlich andere Faktoren ebenso zu berücksichtigen sind¹⁰⁸³. Dies mag zwar in Einzelfällen zutreffen, von einer Regel zu sprechen ginge aber wohl zu weit und würde den Verzicht auf die Vermutung kaum rechtfertigen. Liegt ein solcher Einzelfall vor, ist es dem Unternehmen zuzumuten, das nicht rationale Verhalten vorzubringen und so die Vermutung zu widerlegen.

Fraglich ist weiter, wie, abgesehen vom soeben genannten Fall, die Widerlegung der Vermutung möglich ist. Dies kann kaum abschliessend beantwortet werden, hängt doch, wie die Vermutung, auch die Möglichkeit zu ihrer Widerlegung stets von den Umständen des Einzelfalls ab. Immerhin aber dürfte die Tatsache, dass sich beispielsweise ein Unternehmen der Preisgabe bzw. dem Austausch von Informationen klar widersetzt (hat)¹⁰⁸⁴, insofern erhebliche Zweifel an der Kausalität aufkommen lassen, als dass von der Behörde oder vom Kläger verlangt werden müsste, den Beweis der Kausalität anhand von Indizien (Zeugen, Aktionspläne, Anweisungen, usw.) zu erbringen. In einem solchen Fall allerdings hat eine Reduktion des Beweismasses auf die überwiegende Wahrscheinlichkeit zu erfolgen¹⁰⁸⁵. Eine weitere und wichtige Möglichkeit, die Vermutung zu widerlegen, dürfte in der Erstellung eines Gutachtens liegen, das beispielsweise aufzeigt, dass das Verhalten des betroffenen Unternehmens auf exogene Faktoren und nicht auf den Informationsaustausch zurückzuführen ist.

1081 Dies ist insbesondere im Oligopol der Fall, vgl. CLARKE, Information Sharing, S. 384: »Oligopolists' incentive to cooperate is very strong. By agreeing to restrict output, industry profits may be higher than if each firm acts independently«.

1082 BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 107.

1083 Vgl. vorstehend § 10 Ziff. 4.

1084 Und dies selbstverständlich nicht nur floskelhaft bzw. einzig zwecks Täuschung, sondern im Sinne eines ernsthaften Ansinnens; vgl. im Übrigen LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 62; WHISH, Competition Law, S. 525 oben.

1085 BK ZGB-KUMMER, Art. 8 N 193 ff., insb. N 211; vgl. auch BSK KG-ZIRKLICK/TAGMANN, Art. 30 N 100 ff, insb. N 102 (e contrario) und BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 616 ff.

Mindestens aber müsste es darlegen, dass verschiedene Gründe für das Verhalten des Unternehmens vorliegen, wobei diese Gründe geeignet sein müssten, um Zweifel an der Vermutungsfolge aufkommen zu lassen¹⁰⁸⁶.

5. Bezwecken oder Bewirken einer Wettbewerbsbeschränkung

5.1. Abgrenzungen, namentlich zum tatsächlich festgestellten Verhalten

Nach Art. 4 Abs. 1 KG ist für die Qualifikation als Abrede oder abgestimmte Verhaltensweise erforderlich, dass eine Beschränkung des Wettbewerbs bezweckt oder bewirkt wird, wobei diese beiden Merkmale nicht kumulativ vorliegen müssen¹⁰⁸⁷. Durch die Bejahung des Erfordernisses tatsächlich feststellbaren Verhaltens entsteht ein Spannungsfeld zwischen eben diesem Verhalten und dessen Wirkungen auf dem Markt. Indem gefordert wird, dass tatsächlich ein dem Informationsaustausch entsprechendes Verhalten festgestellt werden kann, zeigt sich zunächst, dass die Abgrenzung der abgestimmten Verhaltensweise von der Abrede dennoch von Bedeutung ist, auch wenn Erstere regelmässig als Auffangtatbestand betrachtet wird. Beim Tatbestand der Abrede genügt für die Subsumption unter Art. 4 Abs. 1 KG oder Art. 101 AEUV, dass eine solche getroffen wird, die eine Wettbewerbsbeschränkung (mindestens) bezweckt. Das festzustellende Verhalten bezieht sich in diesem Fall einzig auf den »Vertragsabschluss«. Weitergehendes Verhalten ist, im Gegensatz zur abgestimmten Verhaltensweise, grundsätzlich nicht erforderlich. Zu unterscheiden ist diese Schlussfolgerung vom ebenfalls zu prüfenden Tatbestandsmerkmal des Bezweckens oder Bewirkens einer Wettbewerbsbeschränkung. Mit dem Erfordernis des tatsächlich festgestellten Verhaltens wird nicht bereits verlangt, dass eine Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich bewirkt wird, wodurch die Tatbestandsvariante des »Bewirkens« gegenstandslos würde. Es wird nur gesagt, dass ein Verhalten feststellbar sein muss, das sich auf den Informationsaustausch zurückführen lässt. Ob dieses Verhalten den Wettbewerb beschränkt, ist davon unabhängig zu prüfen. Mit anderen Worten ist das Kriterium des Verhaltens von demjenigen der Wirkung zu unterscheiden, denn die Wirkung betrifft lediglich die Folge eines Verhaltens und nicht das Verhalten selber¹⁰⁸⁸. Daher ist, wie be-

1086 Im Kartellzivilprozess hat wohl der Vermutungsgegner die Kosten des Gutachtens vorzuschüssen, Art. 102 ZPO; zur Gutachtertätigkeit der WEKO bzw. des Sekretariates vgl. Art. 15, 23 Abs. 2 und 47 KG; BSK KG-JACOBS/GIGER, Art. 15 N 1 ff. und BSK KG-BANGERTER, Art. 23 N 48 ff.

1087 BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 67.

1088 A.M. SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, Wettbewerbsrecht, Art. 81 Abs. 1 N 92 f., der diese Unterscheidung aber offenbar nicht vornehmen will und damit Ursa-

reits erwähnt, in jedem Fall weiter zu prüfen, ob der Informationsaustausch eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt oder bewirkt. Diese Unterscheidung ergibt sich daraus, dass bestimmte Formen der Abstimmung zwischen den Wettbewerbern bereits naturgemäss als schädlich für das gute Funktionieren des »normalen« Wettbewerbs betrachtet werden. Beiden Varianten kommt eine eigenständige Bedeutung zu. Eine abgestimmte Verhaltensweise untersteht somit auch dann dem Kartellrecht, wenn mit ihr zwar keine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt wird, sie dafür aber eine wettbewerbsbeschränkende Wirkung hat¹⁰⁸⁹.

5.2. Bezwecken

Der Begriff »Bezwecken« verweist, wie gezeigt, nicht auf eine ohnehin nur schwer nachweisbare Absicht, das heisst auf eine subjektive Komponente. Vielmehr ist die objektive Geeignetheit einer Abrede (im Sinne des Überbegriffes) gemeint, eine Wettbewerbsbeschränkung durch Ausschaltung oder Beseitigung von Wettbewerbsparametern herbeizuführen (»Gefährdungsdelikt«)¹⁰⁹⁰. Diese Beurteilung hat unter Berücksichtigung des jeweiligen rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs bzw. der Begleitumstände zu erfolgen.

Beim Kriterium des Bezweckens zeigt sich vordergründig eine Parallele zu demjenigen der Beseitigung von Unsicherheiten. Tatsächlich ist in beiden Fällen in einem ersten Schritt danach zu fragen, ob Unsicherheiten hinsichtlich des Marktverhaltens der bzw. des Konkurrenten beseitigt werden können. Unter dem Titel »Bezwecken« ist aber zusätzlich noch zu entscheiden, ob eine ausgetauschte Information objektiv geeignet ist, nicht nur Unsicherheiten zu beseitigen, sondern auch eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen. Mit anderen Worten hat eine Beurteilung des möglichen Einflusses auf den Wettbewerb zu erfolgen. Dies verlangt nach einer ökonomisch fundierten rechtlichen Bewertung des Informationsaustauschs und seiner Umstände. In diesem Sinne ist zwar zunächst erforderlich, dass ein Informationsaustausch objektiv geeignet ist, Unsicherheiten unter den am Austausch Beteiligten zu beseitigen, beispielsweise hinsichtlich des Zeitpunkts, des Ausmasses und der Modalitäten einer Verhaltensanpassung¹⁰⁹¹. Allerdings können Informationen in vielerlei Hinsicht Unsicherheiten beseitigen. Als weiteres Kriterium hinsichtlich des wettbewerbswidrigen Zwecks

che und Wirkung vermischt. Ebenso scheint er nicht zwischen Verhalten, Kausalität und Abstimmung zu differenzieren (vgl. N 93 mit den Hinweisen auf Verwaltungspraxis und Rechtsprechung).

1089 BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 67.

1090 BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 69 ff.; EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 28 ff.

1091 EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 41.

ist daher zu fordern, dass die Information geeignet ist, Unsicherheiten hinsichtlich eines Wettbewerbsparameters zu beseitigen, was eine dahingehende Antizipation und eine anschließende Ausschaltung oder Beseitigung dieses Parameters bzw. des diesbezüglichen Wettbewerbs zulässt. Eine solche Konstellation dürfte in der Regel dann vorliegen, wenn Informationen ausgetauscht werden, die über das eigene oder das *strategische zukünftige Vorgehen* der Konkurrenten auf dem Markt Auskunft geben. Im Sinne von Art. 4 Abs. 1 KG bzw. Art. 101 Abs. 1 AEUV objektiv geeignet sind daher in erster Linie Informationen über das *zukünftige strategische Marktverhalten*. Damit ergibt sich der wettbewerbswidrige Zweck auch aus dem Versuch der wechselseitigen Beeinflussung des unternehmerischen – strategischen – Handelns bzw. aus der Verletzung des Selbstständigkeitspostulats (es wird in diesem Zusammenhang auch von der Aufhebung des Geheimwettbewerbs gesprochen)¹⁰⁹². Was als strategisch bedeutsam zu qualifizieren ist, hängt von der Art des Wettbewerbs bzw. ganz allgemein von den Marktbedingungen ab. Jedenfalls hat die Information beim Empfänger einen Sinngehalt hinsichtlich der Marktbedingungen aufzuweisen und ihr Inhalt muss für die Wahl des eigenen Marktverhaltens objektiv von Bedeutung sein. Mit anderen Worten muss die Information in dieser Hinsicht als Entscheidungsgrundlage geeignet sein. Insofern kann insbesondere der Austausch von zukünftigem Preis- oder Mengenverhalten als bezweckte Wettbewerbsbeschränkung betrachtet werden, weil damit *wesentliche Unsicherheiten* auf dem Markt gerade für die Zukunft beseitigt bzw. vermindert werden können¹⁰⁹³. Von einem Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung ist nach dem Gesagten somit in jedem Fall auszugehen, wenn Informationen über beabsichtigtes (zukünftiges) Marktverhalten bzw. die Marktstrategie ausgetauscht werden. Schwieriger ist die Beurteilung, wenn Informationen über vergangenes Verhalten ausgetauscht werden. Zwar zeigen gerade die ökonomischen Erkenntnisse, dass auch Informationen über vergangenes Verhalten Unsicherheiten über das Marktverhalten zu beseitigen vermögen, beispielsweise wenn dadurch Rückschlüsse auf ein Verhaltensmuster möglich werden (Lerneffekte, Reputation), was die Vorhersage des zukünftigen Verhaltens vereinfacht. Dadurch lässt sich der Wettbewerb entsprechend verändern. In diesem Sinne kann also selbst der Austausch solcher Informationen als objektiv geeignet betrachtet werden, um eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen¹⁰⁹⁴. Erforderlich ist aber, dass es sich um Informationen handelt, die tatsächlich Rückschlüsse auf das konkrete (zukünftige) Verhalten zulassen. Dies dürfte

1092 SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 720; KARENFORT, Informationsaustausch, S. 1156; RPW 2010/4, S. 737 Rz 179.

1093 Vgl. WHISH, Information Agreements, S. 37 und LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 72 ff.

1094 Im Ergebnis gl.M. SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 721.

regelmässig bei Preis-, Mengen-, Kunden- oder Gebietsinformationen der Fall sein¹⁰⁹⁵. Dagegen könnte eingewendet werden, dass trotz möglicher Rückschlüsse stets die Unsicherheit darüber bliebe, ob sich der Konkurrent auch in Zukunft so verhalten werde. Deshalb seien Informationen über vergangenes Verhalten objektiv nicht geeignet, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken. Dies ist zwar grundsätzlich richtig, doch ist entgegenzuhalten, dass selbst bei »normalen« Kartellabreden letztlich keine Sicherheit darüber besteht, ob sich die Konkurrenten an die Vereinbarung halten werden. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass auch Informationen über vergangenes Verhalten objektiv geeignet sein können, eine Wettbewerbsbeschränkung zu bezwecken. Ansonsten ist aber bei solchen Informationen mindestens zu untersuchen, ob sie eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass mit »Bezwecken« gemäss Art. 4 Abs. 1 KG im Rahmen der kartellrechtlichen Beurteilung eines Informationsaustauschs als abgestimmte Verhaltensweise nicht nur die objektive Geeignetheit, Unsicherheiten zu beseitigen, sondern auch den Wettbewerb zu beschränken, gemeint ist. Dies hat zwar auch mit der Beseitigung von Unsicherheiten zu tun, weil diese oftmals eine Abstimmung erleichtern. Unter diesem Titel ist aber bedeutsam, dass nicht jede Beseitigung von Unsicherheiten gleichermassen geeignet ist, den Wettbewerb zu beschränken. Entscheidend ist somit, worüber bzw. worauf die Abstimmung erfolgt. Für eine Wettbewerbsbeschränkung ist in der Regel erforderlich, dass es sich um eine wesentliche Unsicherheit handelt. Das Erfordernis der Beseitigung von Unsicherheiten und das Tatbestandsmerkmal des Bezweckens können sich somit ohne Weiteres überschneiden, doch verlangt das Kriterium der Wesentlichkeit, dass eine eigenständige Prüfung erfolgt.

Obwohl in diesem Abschnitt lediglich inkonnexe Austauschsysteme behandelt werden, ist der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass bei konnexen Austauschsystemen grundsätzlich auf die zugrunde liegende Abrede abzustellen und deren objektive Geeignetheit zu prüfen ist. Es kann somit auf die in diesem Zusammenhang in Lehre und Rechtsprechung entwickelten Kriterien abgestellt werden. Zwar könnte ohne Weiteres auch ein konnexer Informationsaustausch als solcher (wenigstens indirekt) eine Wettbewerbsbeschränkung bezwecken, wenn er beispielsweise der Überwachung oder Umsetzung einer Kartellabsprache dient. Von eigenständiger Bedeutung ist er aber dennoch nicht, liegt doch bereits eine Kartellabsprache vor, die sanktioniert werden kann. Dies gilt letztlich auch für das Kriterium des Bewirkens, wobei hier allerdings zusätzlich zu

1095 Vgl. zur Art der Information insb. vorstehend Ziff. 3.2.2; SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 722.

den Wirkungen der eigentlichen Abrede auch die Wirkungen des Informationsaustauschs auf den Wettbewerb zu berücksichtigen sind.

5.3. Bewirken

Ergibt die Überprüfung des Inhalts der Abstimmung, namentlich der ausgetauschten Informationen, dass diese objektiv ungeeignet sind, eine (genügende) Beeinträchtigung des Wettbewerbs herbeizuführen (beispielsweise mangels Wesentlichkeit der beseitigten Unsicherheit), so sind die Wirkungen der Abstimmung und des festgestellten Verhaltens zu untersuchen¹⁰⁹⁶. Dies ist somit nach dem Gesagten vor allem dann der Fall, wenn der Informationsaustausch zwar nicht Unsicherheiten über strategisches Verhalten beseitigt, aber dazu führt, dass Wettbewerbsparameter vereinheitlicht werden, was beispielsweise zu einer Einschränkung des Angebots, zu einer Nivellierung der Produkte oder zu höheren Preisen führen kann. Dabei genügt es, wenn diese Wirkung in naher Zukunft mit hinreichender Wahrscheinlichkeit eintreten wird. Auch hier ist somit lediglich die Eignung erforderlich, mithin muss die Wirkung nur eine potentielle sein¹⁰⁹⁷. Immerhin erfordert diese Schlussfolgerung eine Analyse der (potentiellen) Wirkungen auf dem Markt¹⁰⁹⁸. Auch zwischen der (potentiellen) Wettbewerbsbeschränkung und der abgestimmten Verhaltensweise muss ein Kausalzusammenhang bestehen¹⁰⁹⁹. Eine wettbewerbswidrige Wirkung ist also vor allem beim Austausch von Informationen näher zu prüfen, die nicht direkt bzw. zumindest nicht so genannte »harte« Wettbewerbsparameter betreffen, z.B. Qualität, Prozesse, usw. Mit anderen Worten geht es um Informationen, die nicht direkt zu einer *offensichtlichen* Wettbewerbsbeschränkung führen können¹¹⁰⁰.

1096 Zum Ganzen vgl. EuGH vom 4. August 2009, Rs. C-8/08, T-Mobile Netherlands BV u.a., Rz 28 ff.

1097 BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 73 ff., insb. N 76; EMMERICH, in: IMMENGA/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 81 Abs. 1 N 236; BORER, Kartellgesetz, Art. 4 N 4; im europäischen Recht wird für die Wirkung der Wettbewerbsbeschränkung zudem eine gewisse Spürbarkeit verlangt.

1098 Vgl. SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 722 ff.; WHISH, Information Agreements, S. 38, der dies auch deshalb fordert, weil bei objektiv ungeeigneten Informationen Zweifel hinsichtlich der Wirkungen ihres Austausches bestehen (können); vgl. auch SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 725, der zu Recht darauf hinweist, dass durch die Tatsache, dass eine lediglich potentielle Wirkung bereits genügt, die Abgrenzung zur objektiven Geeignetheit (mithin zum Zweck) nur noch schwer vorzunehmen ist.

1099 Im Ergebnis BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 68.

1100 Dazu auch WHISH, Information Agreements, S. 37 f.; vgl. ebenso SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 722 ff.

6. Vermutung der Beseitigung oder erhebliche Beeinträchtigung des Wettbewerbs

6.1. Vermutung nach Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG

Kann ein inkonnexer Informationsaustausch unter Art. 4 Abs. 1 KG subsumiert werden, stellt sich als Nächstes die Frage nach der Anwendbarkeit von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG, also der Vermutungstatbestände. Es ist allerdings schwierig, in allgemeiner Form Voraussetzungen zu formulieren, gemäss derer ein Informationsaustausch im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise zur Bejahung des Vorliegens eines Vermutungstatbestandes führt. Aus diesem Grund sei an dieser Stelle lediglich angemerkt, dass eine Gesamtbeurteilung des Informationsaustauschs, namentlich der Art der Information, und des tatsächlich festgestellten Verhaltens letztlich ergeben muss, worauf sich die am Austausch beteiligten Wettbewerber abgestimmt (bzw. abzustimmen versucht) haben. Mit anderen Worten muss untersucht werden, hinsichtlich welcher Wettbewerbsparameter eine Abstimmung erfolgt ist. Wurden Preisinformationen jedwelcher Art ausgetauscht und konnte in Bezug auf den Preis tatsächlich ein gleichförmiges Verhalten festgestellt werden, erscheint es gerechtfertigt, die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs zu vermuten (Art. 5 Abs. 3 lit. a KG). Das Gleiche hat für die Wettbewerbsparameter produzierte, bezogene oder gelieferte Menge (Art. 5 Abs. 3 lit. b KG) oder Gebiets- und Kundenangaben (Art. 5 Abs. 3 lit. c KG) zu gelten, wenn festgestellt werden konnte, dass hinsichtlich der Mengen tatsächlich eine Nivellierung oder, im zweiten Fall, eine Aufteilung von Märkten stattgefunden hat. Ist dies nicht der Fall, hat die weitere Prüfung nach den Vorgaben von Art. 5 Abs. 1 und 2 KG zu erfolgen. Es muss somit untersucht werden, ob eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vorliegt.

6.2. Sanktionierbarkeit

Der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle noch in aller Kürze auf die Sanktionierbarkeit einer Verhaltensweise gemäss Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG hingewiesen. Gemäss Art. 49a Abs. 1 KG wird ein Unternehmen, das an einer unzulässigen Abrede nach Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG beteiligt ist, mit einem Betrag bis zu 10 Prozent des in den letzten drei Geschäftsjahren in der Schweiz erzielten Umsatzes belastet. Demgegenüber sieht Art. 23 Abs. 1 lit. a der VO 1/2003 für das europäische Recht unter anderem vor, dass die Kommission gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen durch Entscheidung Geldbussen verhängen kann, wenn diese vorsätzlich oder fahrlässig gegen Art. 101 oder 102 AEUV verstossen. Der Unterschied zwischen diesen beiden Regelungen ist augen-

scheinlich: Während es im europäischen Recht nicht darauf ankommt, worauf sich ein nach den Bestimmungen des Art. 101 oder 102 AEUV unzulässiges Verhalten bezieht, weil alle unzulässigen Wettbewerbsbeschränkungen mit Geldbussen sanktioniert werden können, erweist sich eine entsprechende Differenzierung für die betroffenen Unternehmen im Schweizer Recht als geradezu elementar. Direkt sanktioniert werden können nur Verstösse gegen Art. 5 Abs. 3 oder 4 KG, mithin einzig harte horizontale oder vertikale Kartellabreden¹¹⁰¹. Der Verstoß gegen den allgemeinen Tatbestand von Art. 5 Abs. 1 KG zeitigt hingegen lediglich im Wiederholungsfall eine Sanktion nach Art. 49a KG. Zuvor wird das Verhalten jedoch durch Verfügung für die Zukunft untersagt¹¹⁰².

Die Frage, ob sich eine Abrede bzw. abgestimmte Verhaltensweise unter den Tatbestand von Art. 5 Abs. 3 bzw. 4 KG subsumieren lässt, ist somit von Bedeutung. Beachtlich ist hierbei, dass der Spezialtatbestand der kartellistischen Preisabrede voraussetzt, dass sich die beteiligten Unternehmen über die von ihnen in *künftigen* Verträgen mit Dritten anzuwendenden Preise verständigen. In diesem Sinne muss namentlich die Preisabrede gemäss Art. 5 Abs. 3 lit. a KG ursächlich für eben diese künftigen Verträge sein¹¹⁰³. Liegt ein Informationsaustausch im Sinne einer abgestimmten Verhaltensweise vor, wie sie im Rahmen dieser Arbeit aufgezeigt worden ist, dürfte dieses Erfordernis wohl regelmässig erfüllt sein, sofern entsprechende Preisinformationen ausgetauscht worden sind. Wie gezeigt, erfolgt der Informationsaustausch – als Kommunikationsvorgang – (zeitlich) vor dem festgestellten Verhalten und auch dort wird gefordert, dass zwischen dem Informationsaustausch und dem Verhalten ein Kausalzusammenhang vorliegt. Dann aber betrifft der Informationsaustausch stets Preise, die in Zukunft und in der Regel in Verträgen mit Dritten verlangt werden. Es ist somit davon auszugehen, dass ein inkonnexes Informationsaustauschssystem nach Art. 49a Abs. 1 KG sanktioniert werden kann, wenn: (1) sämtliche im Rahmen dieser Arbeit aufgezeigten Voraussetzungen der abgestimmten Verhaltensweise gemäss Art. 4 Abs. 1 KG erfüllt sind, (2) sich die Abstimmung auf den Preis in Verträgen mit Dritten auswirkt und (3) die Widerlegung der Vermutung unmöglich ist. In der Regel wird sich die Abstimmung dann auf den Preis in Verträgen mit Dritten auswirken, wenn zumindest mittelbar Preisinformationen ausgetauscht werden. Es ist jedoch nicht auszuschliessen, dass auch andere Informationen letztlich eine Abstimmung hinsichtlich des (künftigen) Preises ermöglichen könnten.

1101 BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, Art. 49a N 5 ff.

1102 ZÄCH/KÜNZLER, Sanktionierbarkeit, S. 738 f.

1103 ZÄCH/KÜNZLER, Sanktionierbarkeit, S. 739 f., m.w.H.

6.3. Wettbewerbsbeschränkung

Lediglich der Vollständigkeit halber sei an dieser Stelle auf das Erfordernis der erheblichen Beeinträchtigung des Wettbewerbs hingewiesen. Denn grundsätzlich kann an dieser Stelle auf die reichlich vorhandene Literatur verwiesen werden¹¹⁰⁴. Immerhin sei erneut daran erinnert, dass unter einer Wettbewerbsbeschränkung stets eine Einschränkung der Handlungsfreiheit hinsichtlich des Einsatzes von Wettbewerbsparametern verstanden wird. Beim Informationsaustausch als abgestimmte Verhaltensweise stellen sich in dieser Hinsicht keine spezifischen Probleme. Zu untersuchen ist auch hier, worauf sich die am Austausch beteiligten Wettbewerber abgestimmt haben. Anschliessend hat die entsprechende Beurteilung wie bei jeder anderen Abrede auch zu erfolgen.

6.4. Erheblichkeit

Auch die Erheblichkeit unterscheidet sich bei der Beurteilung eines Informationsaustauschs als abgestimmte Verhaltensweise nicht von derjenigen bei anderen Wettbewerbsabreden. Anzumerken bleibt lediglich, dass unerhebliche Beschränkungen des Wettbewerbs zulässig sind¹¹⁰⁵. Je nach Informationsinhalt oder Marktbedingungen erlangt diese Feststellung Bedeutung. Ein Gericht oder eine Behörde könnte zum Schluss kommen, dass zwar die Voraussetzungen einer abgestimmten Verhaltensweise erfüllt sind, dass die durch den Austausch der fraglichen Information bewirkte Beschränkung der Handlungsfreiheit allerdings unerheblich ist. Dies ist unter Umständen bei weniger bedeutenden Wettbewerbsparametern bzw. dahingehenden Informationen der Fall oder dann, wenn die entsprechende Information und damit der Wettbewerbsparameter auf einem bestimmten Markt nur von untergeordneter Bedeutung ist¹¹⁰⁶.

1104 Vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 148 ff., m.w.H.; ZÄCH, Kartellrecht, S. 170 ff.

1105 ZÄCH, Kartellrecht, S. 171.

1106 Dazu BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 186 f.

7. Rechtfertigung aus Effizienzgründen

7.1. Sinn der Norm

Betrifft die abgestimmte Verhaltensweise einen Vermutungstatbestand, was dann der Fall ist, wenn die Abstimmung einen der Wettbewerbsparameter Preis, Menge oder Gebiet betrifft, so sind die am Informationsaustausch beteiligten Unternehmen zum Beweis des Gegenteils zuzulassen. Gelingt dieser Beweis, namentlich durch den Nachweis von Restwettbewerb (Aussen- und Innenwettbewerb), liegt mit anderen Worten keine Beseitigung des Wettbewerbs, sondern unter Umständen »lediglich« eine erhebliche Wettbewerbsbeschränkung vor, so erfolgt die weitere Beurteilung nach Art. 5 Abs. 1 KG und es wird möglich, Effizienzgründe vorzubringen (Art. 5 Abs. 2 KG). Sowohl im Schweizer Kartellrecht als auch im EG-Wettbewerbsrecht (vgl. Art. 101 Abs. 3 AEUV) stellt sich die Frage, ob der Informationsaustausch aus Gründen der wirtschaftlichen Effizienz gerechtfertigt sein kann. Wie in den einleitenden Bemerkungen dieser Arbeit aufgezeigt wurde, geht das Schweizer Wettbewerbsrecht grundsätzlich davon aus, dass bereits der Wettbewerb als solcher effizienzfördernd wirkt¹¹⁰⁷. Die Möglichkeit, eine Beschränkung des Wettbewerbs durch Gründe der wirtschaftlichen Effizienz zu rechtfertigen, stellt daher eine Ausnahme dar¹¹⁰⁸. Dieser Ausnahmesituation liegen in der Regel Sachverhalte zugrunde, bei denen sich volkswirtschaftlich wünschenswerte Auswirkungen nur durch Kooperation und nicht durch autonomes Verhalten herbeiführen lassen¹¹⁰⁹.

Liegt ein konnexer Informationsaustausch vor, so ist die ihm zugrunde liegende Abrede einer Effizienzprüfung zu unterziehen, unter besonderer Berücksichtigung des Austauschs und seiner Wirkungen¹¹¹⁰. Wie der Entscheid des EuGH in Sachen Asnef-Equifax/Ausbanc gezeigt hat, lassen sich aber auch inkonnexe Informationsaustauschsysteme auf ihre Effizienz hin prüfen. Erhöht

1107 ZÄCH, Kartellrecht, S. 18 ff., insb. Rz 43, und vorstehend § 1 Ziff. 2; des Weiteren ZÄCH ROGER, Legal Appraisal of Restrictive Agreements – Proposals for Statutory Provisions, in: ZÄCH ROGER (Hrsg.), Towards WTO Competition Rules, Bern 1999, S. 182 f. und insb. S. 184 f., m.w.H.

1108 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 264.

1109 BOTSCHAFT 1994, S. 556 ff.

1110 Diese Feststellung ist insofern von Bedeutung, als dass zivilrechtlich das Konzept der modifizierten Teilnichtigkeit erlaubt, dass nur bestimmte Vertragsteile ungültig (nichtig) sind oder an deren Stelle eine Ersatzregel tritt, vgl. BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 656. Daraus folgt, dass unter Umständen entweder der Informationsaustausch als Ganzes unberührt bleiben kann, da lediglich ihm zugrunde liegende Teile einer Abrede von der Nichtigkeit betroffen sind, dass nur vereinzelte Teile des Austauschs für nichtig befunden werden oder dass der Informationsaustausch gänzlich als nichtig betrachtet wird; vgl. im Übrigen auch RPW 2010/4, S. 753 ff.

beispielsweise ein Informationsaustausch den Wirkungsgrad von Kreditangeboten, indem er Informationsasymmetrien zwischen Banken und Kunden verringert, so können diese Vorteile allfällige Nachteile einer Wettbewerbsbeschränkung aufwiegen¹¹¹¹. Unabhängig dieses Einzelfalls weist aber der Begriff der »wirtschaftlichen Effizienz« darauf hin, dass einzig ökonomische Gründe zur Rechtfertigung herangezogen werden können¹¹¹². Die Gegenüberstellung ökonomischer Vor- und Nachteile einer abgestimmten Verhaltensweise ergibt letztlich einen Saldo, der über die Zulässigkeit eines Informationsaustauschs entscheidet. Mit Blick auf Art. 36 i.V.m. Art. 27 BV, wonach Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit verhältnismässig sein müssen, und in Anbetracht dessen, dass bei informationsrechtlichen Interventionen Zurückhaltung geboten ist¹¹¹³, ist zumindest für das Schweizer Recht zu fordern, dass ein Informationsaustausch auch dann als zulässig zu betrachten ist, wenn seine positiven Auswirkungen zwar nicht überwiegen, das Marktergebnis aber gleich effizient ist, wie wenn keine Informationen ausgetauscht würden. Damit wird auch eine Übereinstimmung mit dem EU-Wettbewerbsrecht erreicht¹¹¹⁴.

7.2. Ausgewählte Bereiche

Einer Abwägung bedürfen zunächst Informationsaustauschsysteme, bei denen die vertikale Markttransparenz erhöht wird, denn vertikale Transparenz ist *die* Voraussetzung für den Wettbewerb schlechthin. Zudem verringert sie auch Suchkosten der Marktgegenseite und es lässt sich dadurch die Allokationseffizienz steigern. Allerdings gilt diese Feststellung nicht absolut. Auch die Erhöhung der vertikalen Transparenz kann je nach Umständen problematisch sein, beispielsweise dann, wenn sie dazu führt, dass die Nachfrager den Anbieter nicht wechseln, weil bereits alle denselben Preis verlangen oder weil ein heterogener Markt vorliegt. Ebenfalls problematisch ist die Informationsweitergabe im Vertikalverhältnis dann, wenn sie gleichzeitig zu einer Transparenzerhöhung im Hori-

1111 EuGH vom 23. November 2006, Rs. C-238/05 – Asnef-Equifax/Ausbanc, Rz 64 ff.; zu Recht hat der EuGH in dieser Entscheidung allerdings angefügt, dass durch die im konkreten Fall ausgetauschte Information die dem Wettbewerb inhärente Unsicherheit nicht beseitigt werde, weshalb der Austausch nicht geeignet sei, den Wettbewerb zu beseitigen; im Übrigen auch VIVES, *Information Sharing: Economics and Antitrust*, S. 8.

1112 In systematischer Hinsicht ergibt sich dies für das Schweizer Wettbewerbsrecht letztlich auch aus Art. 8 KG.

1113 Vgl. vorstehend § 5 Ziff. 2.5.3; vgl. zum Verhältnismässigkeitsprinzip auch PRÜMMER, *Verhältnismässigkeitsaspekte*, S. 42 ff.

1114 Vgl. auch BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 269.

zontalverhältnis führt¹¹¹⁵. Denn bei dieser ist besondere Vorsicht geboten. Als Beispiel kann der Austausch von Preisinformationen genannt werden. Wie bei jedem Informationsaustausch sind auch bei Preisinformationen allfällige effizienzfördernde Aspekte zu beachten. Bei der Abwägung zu berücksichtigen ist insbesondere, dass vor allem der Austausch von Preisinformationen (im Sinne eines Überbegriffs) im horizontalen Verhältnis von kartellrechtlicher Bedeutung ist, während die Preisgabe entsprechender Informationen im vertikalen Gefüge die Markttransparenz für den Wettbewerb positiv erhöht, indem für die Nachfrageseite Preisvergleiche möglich werden, was Suchkosten verringert und den Wettbewerb unmittelbar fördert¹¹¹⁶. Besonders bei Empfehlungen ist allerdings fraglich, inwiefern die Effizienz tatsächlich gesteigert werden kann. Zumindest müsste dies von den beteiligten Unternehmen überzeugend dargelegt werden¹¹¹⁷. Der Erhöhung der horizontalen Transparenz kann zwar eine gewisse, die Effizienz fördernde Wirkung nicht abgesprochen werden, doch geht die Effizienz nicht zwingend mit der Wettbewerbsförderung einher. Es ist somit denkbar, dass ein Informationsaustauschsystem zwar die Effizienz der Unternehmen fördert, hingegen den Wettbewerb einschränkt¹¹¹⁸. Entscheidend ist aber letztlich, ob die Effizienzvorteile auch an die Marktgegenseite bzw. die Konsumenten weitergegeben werden (Art. 5 Abs. 2 KG). Sicherlich aber wird die Effizienzfrage in der Regel unter dem Blickwinkel der Kosteneinsparungen zu beantworten sein. Der Austausch entsprechender Informationen kann beispielsweise helfen, Lagerbestände, die nicht nötig wären, abzubauen oder die Auslieferung verderblicher Waren in Gebieten, in denen eine hohe Nachfrage herrscht, zu ermöglichen. Auch dadurch wird die Allokationseffizienz gesteigert¹¹¹⁹. Die gleiche Wirkung hat ein Informationsaustausch, wenn er nur schwer öffentlich beobachtbare In-

1115 LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 99; WHISH, Competition Law, S. 525; VIVES, Information Sharing: Economics and Antitrust, S. 7; SCHULTZ, Transparency on the consumer side and tacit collusion, S. 279 ff. Einerseits erhöht sich aufgrund der höheren Nachfrageelastizität der Anreiz, vom abgestimmten Verhalten abzuweichen. Andererseits ermöglicht Transparenz auch eher eine Bestrafung des Abweichenden, vgl. SCHULTZ, Transparency and Tacit Collusion, S. 3. Markttransparenz ist daher in jedem Fall ein »two edged sword«, wie dies MØLLGAARD/OVERGAARD, Transparency and competition policy, S. 101, ausdrückten; KG-MEINHARDT/HUFSCHEIDT, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 167.

1116 POSNER, Antitrust Law, S. 86 f.; ZÄCH, Kartellrecht, S. 177, Rz 367; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 119.

1117 ZÄCH, Kartellrecht, S. 181.

1118 WAGNER-VON PAPP, Marktinformationsverfahren, S. 261; SCHULTZ, Transparency and Tacit Collusion, S. 2 ff.

1119 VIVES, Information Sharing: Economics and Antitrust, S. 2; LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 96; VIVES, Information Sharing among Firms, S. 1 ff.; WHISH, Information Agreements, S. 19; vgl. auch SCHULTZ, Transparency and Tacit Collusion, S. 2.

formationen über Marktbedingungen oder falsch interpretierte Informationen dazu präzisiert oder korrigiert. Damit können »richtige« von »falschen« Informationen unterschieden werden, wodurch die sich auf diese stützenden Entscheide »besser« werden und unter Umständen ein effizienteres Handeln bewirken.

Transparenz muss aber nicht nur zwingend bei den Marktbedingungen vorliegen, sondern kann auch im Rahmen von Produktions-, Vertriebs- und Verwaltungstechniken (d.h. von internen Geschäftsabläufen) Bedeutung erlangen. Unter Umständen liegt bei den Wettbewerbern auch ein Bedürfnis vor, ihr Unternehmen mit demjenigen der Konkurrenz zu vergleichen (*Benchmarking*). Zu diesem Zweck werden in verschiedenen (Unternehmens-)Bereichen Informationen ausgetauscht, wodurch es möglich wird, von den Erfahrungen der Konkurrenten zu profitieren. Auf diese Weise kann verhindert werden, dass in einer Branche beispielsweise Fehlinvestitionen mehrfach getätigt und die Ressourcen falsch eingesetzt werden. Mit einem solchen Vorgehen wird die Effizienz der Unternehmen namentlich durch Kostensenkungen gefördert¹¹²⁰. Bei der Abwägung wird allerdings zu berücksichtigen sein, welche Marktsituation vorliegt und welcher Art die Informationen sind bzw. wie sie ausgetauscht werden. Denn unter Umständen bringt Benchmarking nicht nur Effizienzvorteile, sondern enthält auch eine Einladung zur Abstimmung, wenn aufgrund des Betriebsvergleichs strategisches Verhalten angepasst wird. Die Erhöhung der Transparenz erleichtert ohne Weiteres eine solche Abstimmung¹¹²¹. Entscheidend wird oftmals auch sein, ob während bzw. nach dem Benchmarking ein gleichförmiges Verhalten festgestellt werden kann. Eine ähnliche Situation liegt bei *Standardisierungen* vor, wobei der Informationsaustausch in der Regel zumindest im Rahmen der Festlegung von Standards erfolgt. Zum einen werden durch Standardisierungen Prozesse vereinfacht und deren Effizienz erhöht, zum anderen kann die Verständigung der Wettbewerber auf einen gemeinsamen Standard den Wettbewerb einschränken, namentlich kann sie zu einer Abschottung von Märkten führen. Dies gilt vor allem für den Wettbewerb zwischen verschiedenen Standards und zwischen verschiedenen Qualitäten, sofern sie das Produkt (bzw. die Leistung) betreffen. Dabei kann unter Umständen auch der Substitutionswettbewerb entfallen. Zudem kann durch Standardisierung die Homogenität der Produkte gefördert oder die Kostenstruktur einander angeglichen werden, was, wie gezeigt, kollusives Verhalten stabiler macht. Zu denken ist schliesslich auch an Normenkartel-

1120 WHISH, Competition Law, S. 525; vgl. auch VIVES, Information Sharing: Economics and Antitrust, S. 1 und 8; AZCUENAGA, Information Exchanges, S. 39; TEECE, Innovation, S. 64; vgl. auch BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHMID, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 153, 162 und 170; KÜHN, Fighting Collusion, S. 191.

1121 AZCUENAGA, Information Exchanges, S. 48 f.; vgl. aber auch die Zweifel bei TEECE, Innovation, S. 64 f.; BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHMID, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 170, mit Verweis auf RPW 2007/1, S. 165 ff.

le, die ausschliessende Wirkungen haben oder Importbarrieren errichten können, was unter Umständen unter Art. 5 Abs. 3 (lit. c) KG (und allenfalls auch Art. 7 KG) zu subsumieren wäre¹¹²². Aus diesem Grund hat der Informationsaustausch und daran anknüpfend der Kreis der die Standards verwendenden Wettbewerber offen und transparent, in jedem Fall aber nicht diskriminierend zu sein. Schliesslich ist erneut auf die Versicherungsbranche hinzuweisen¹¹²³. Die *Beseitigung von Informationsasymmetrien* auf dem Markt, die dessen einwandfreies Funktionieren behindern, kann effizienzfördernd sein (Austausch von Verbraucherdaten)¹¹²⁴. Allerdings kommt es auch hier wiederum auf die Art des Austauschs und den Inhalt der Information an¹¹²⁵. Einen letzten zu erwähnenden Aspekt stellt das Bedürfnis zum Informationsaustausch in der *Forschung und Entwicklung* dar. Interaktion ist elementar für den Innovationsprozess und dadurch entstehende Netzwerke fördern die Entwicklung und Verbesserung von Produkten in erheblichem Umfang¹¹²⁶. Der Wettbewerb wird dadurch bedeutend stimuliert, weshalb im Schweizer Kartellrecht insbesondere die Verbesserung der Produkte und die Förderung der Forschung oder der Verbreiterung von technischem oder beruflichem Wissen zu Recht explizit als Rechtfertigungsgrund erwähnt werden. Die Grenze der Zulässigkeit eines Informationsaustauschs in diesen Bereichen stellt allerdings auch hier die Beseitigung wirksamen Wettbewerbs dar (Art. 5 Abs. 2 KG)¹¹²⁷.

Bedeutsam ist in allen Fällen letztlich eine gesamtwirtschaftliche Betrachtungsweise. Beachtlich ist in dieser Hinsicht, dass die Konsumentenwohlfahrt im Schweizer Kartellrecht, im Gegensatz zum EU-Wettbewerbsrecht, nicht explizit genannt wird¹¹²⁸. Wird der Effizienzbegriff aber aus volkswirtschaftlicher Sicht betrachtet, ergibt sich unweigerlich auch eine Berücksichtigung der Konsumenten, auch wenn diese nach Art. 5 Abs. 2 KG nicht *ausdrücklich* »angemessen« an den Vorteilen der Wettbewerbsabrede beteiligt werden müssen (so aber Art. 101 Abs. 3 AEUV).

1122 Vorstehend § 10 Ziff. 3.3.2.c und Ziff. 3.3.3.b und d; Zu denken ist beispielsweise auch an die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gerade bei Finanzinstituten, deren Ähnlichkeit dazu führt, dass die Finanzdienstleistungen bei einfachen Kundenbeziehungen homogen werden; vgl. BSK KG-MEINHARDT/HUFSCHMID, Art. 6 Abs. 1 lit. a und b 1. HS N 140 und 153.

1123 Vorstehend § 14 Ziff. 2.2; RPW 2007/1, S. 14 ff. und insb. S. 137 ff.

1124 KÜHN, *Fighting Collusion*, S. 191 f.; LEITLINIEN HORIZONTALE ZUSAMMENARBEIT, Rz 97; BSK KG-NYDEGGER/NADIG, Art. 4 Abs. 1 N 105; vgl. vorstehend § 14 Ziff. 2.2.

1125 RPW 2007/1, S. 14 ff. und insb. S. 137 ff.; vgl. zum Ganzen WAGNER-VON PAPP, *Marktinformativverfahren*, S. 274 ff.

1126 TEECE, *Innovation*, S. 55 ff.

1127 Vgl. hierzu auch ZÄCH, *Kartellrecht*, S. 195 ff.

1128 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 273 ff.; vgl. auch ZÄCH, *Wettbewerbsfreiheit*, S. 16 f.

Die Frage, die es jedenfalls stets zu beantworten gilt, ist, ob das durch die Unternehmen angestrebte Ziel nicht auch anders erreicht werden könnte. Bedeutsam ist somit auch die Angemessenheit und damit die Notwendigkeit des Austauschs (Art. 5 Abs. 2 lit. a KG). Dieses Erfordernis zeigt, dass Effizienzvorteile nur subsidiär über Wettbewerbsbeschränkungen erlangt werden dürfen. Dies ist dann der Fall, wenn die Abrede bzw. die abgestimmte Verhaltensweise erstens geeignet ist, Effizienzen zu steigern. Zweitens darf kein gleich geeignetes, aber den Wettbewerb weniger stark beeinträchtigendes Mittel vorhanden sein. Schliesslich müssen – drittens – die angestrebten Effizienzen in einem vernünftigen Verhältnis zur Wettbewerbsbeeinträchtigung stehen¹¹²⁹. Wendet man diese Verhältnismässigkeitsprüfung auf den Informationsaustausch an, so muss beispielsweise danach gefragt werden, ob das Effizienzziel (zum Beispiel Kostensenkungen) nicht auch durch aggregierte Informationen oder durch einen auf nur ganz bestimmte Daten beschränkten Austausch erreicht werden könnte. Gleiches gilt für die Häufigkeit des Austauschs und die Offenheit des Systems. Unter Umständen ist es für die Erreichung des Ziels nicht erforderlich, dass gewisse Konkurrenten oder insbesondere die Marktgegenseite vom Austausch ausgeschlossen werden oder dass die Informationen sehr häufig ausgetauscht werden. In diesem Sinne könnte demgegenüber die Weitergabe von Informationen an einen neutralen Dritten, deren Auswertung und die Rückgabe von Durchschnittswerten ohne Weiteres verhältnismässig sein¹¹³⁰. Ob ein Informationsaustausch ganz konkret verhältnismässig ist und dementsprechend eine Wettbewerbsbeschränkung rechtfertigen kann, ergibt sich letztlich aus einer Gesamtwürdigung der Umstände. Anzumerken bleibt jedoch, dass der »geheime« Austausch von Informationen über zukünftiges Verhalten, insbesondere über zukünftiges Preis- und Mengenverhalten, kaum je verhältnismässig sein dürfte.

8. Zusammenfassung und Anmerkungen

Kollektive Marktbeherrschung zeigt sich unter Umständen daran, dass sich die kollektiv marktbeherrschenden Unternehmen so verhalten können, wie wenn sie sich abgesprochen hätten, ohne jedoch eine Absprache in welcher Form auch immer zu treffen. Möglich wird dies durch das Bewusstsein um die gegenseitige Reaktionsverbundenheit (oligopolistische Interdependenz) und die Einsicht, dass

1129 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 332 ff.

1130 Vgl. KARENFORT, Informationsaustausch, S. 1166, der auch auf die Möglichkeit von »Chinese Walls« bei Vorliegen personeller Verflechtungen hinweist; im Übrigen auch SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 724; vgl. zum Verhältnismässigkeitsprinzip auch PRÜMMER, Verhältnismässigkeitsaspekte, S. 42 ff.

gleichförmiges Verhalten unter Umständen gewinnbringender ist. Dieses gleichförmige Verhalten ist allerdings auch das Marktergebnis bei einer abgestimmten Verhaltensweise infolge eines Informationsaustauschs, mit dem Unterschied, dass bei Letzterer eine Abstimmung durch den Austausch von Informationen erfolgt. Selbstverständlich können in einem solchen Fall kollektive Marktbeherrschung und abgestimmte Verhaltensweise gleichzeitig vorliegen. Angesichts der Kausalitätsvermutung auf der einen und der zusätzlichen Hürde des Missbrauchstatbestands auf der anderen Seite ist es allerdings fraglich, ob bei Vorliegen eines festgestellten Parallelverhaltens und dem Austausch entsprechender Informationen durch kollektiv marktbeherrschende Unternehmen dem Tatbestand der kollektiven Marktbeherrschung überhaupt eigenständige Bedeutung zukommen dürfte. Die Abgrenzung zwischen dem Verhalten bei kollektiver Marktbeherrschung und dem wettbewerblichen Verhalten ist bereits schwierig. Umso mehr hat dies zu gelten für die Abgrenzung zur abgestimmten Verhaltensweise, bei der immerhin bestimmte Kommunikationselemente feststellbar sein dürften¹¹³¹. Es müsste daher dabei bleiben, dass der Informationsaustausch vor allem unter dem Titel der Wettbewerbsabrede bzw. der abgestimmten Verhaltensweise zu beurteilen ist. Dies ergibt die zugegebenermassen etwas seltsame Situation, dass dort, wo die Ökonomie besonders bedeutsam ist, ein kartellrechtlicher Tatbestand zur Diskussion steht, der in der Praxis wohl nur selten, mithin eher als informationsrechtlicher Auffangtatbestand, zur Anwendung gelangen dürfte, sofern nicht ohnehin das Element des Missbrauchs im Vordergrund steht.

§ 17 *Abschliessende Bemerkungen*

1. Der Informationsaustausch als Beweisproblem: Von »smoke-filled rooms« über Sachverhalts- bis zu Verfahrensfragen

Die Subsumption im Rahmen der Rechtsanwendung ist eine juristische Aufgabe, geht es letztlich doch um die Anwendung einer Rechtsnorm auf einen Lebenssachverhalt. Eine Rechtsnorm teilt sich in der Regel in Tatbestand und Rechtsfolge, wobei Ersterer ohne Weiteres aus mehreren (Tatbestands-)Merkmalen bestehen kann. Ist ein solches Merkmal unklar, muss es ausgelegt werden. Das Auslegungsziel ist dabei die Sinnermittlung der Rechtsnorm. Einem abstrakten Tatbestandsmerkmal wird so eine konkrete Bedeutung zugewiesen, wobei gerade im Kartellrecht die Ökonomie in diesem Zusammenhang eine bedeutende Rolle spielt. Die Suche nach dem Inhalt einer Norm oder dem Verständnis eines ge-

1131 Vgl. auch die Bedenken bei BSK KG-REINERT/BLOCH, Art. 4 Abs. 2 N 401 ff.

setzlichen Begriffes kann sich daher auf ökonomische Erkenntnisse abstützen, was zu einer Reduktion der wirtschaftlichen Komplexität im Rahmen der Subsumption führt und auch für weitere Anwendungsfälle einen konsistenten Bezugsrahmen liefert¹¹³². Solange die verwendeten ökonomischen Modelle oder Methoden den juristischen Vorgaben des Gesetzgebers entsprechen, ist diese Funktion der Ökonomie in der Rechtsprechung durchaus wünschenswert. Andernfalls muss zugunsten der Rechtssicherheit von ökonomischen Erkenntnissen abgewichen werden. Entsprechende Modelle sind aber auch bei der Sachverhaltsermittlung dienlich. Bereits mehrfach wurde erwähnt, dass bei der Subsumption eines Informationsaustauschs unter einen kartellrechtlichen Tatbestand oftmals erhebliche Beweisprobleme bestehen. Beweisfragen stellen zwar ein generelles, prozessrechtliches Problem dar. Die Entwicklung der Kommunikation, namentlich die technische Entwicklung, bewirkt jedoch, dass Wettbewerbsbehörden oder Kläger neuen Herausforderungen gegenüber stehen. Waren zuvor neben Zeugen vor allem das Verteilen von schriftlichen Unterlagen, sei dies auf dem Postweg oder an entsprechenden Treffen, für die Beweisführung von Bedeutung, spielen heute vermehrt die elektronische Post (E-Mail) bzw. ganz grundsätzlich Wege der elektronischen Datenübertragung und -speicherung eine erhebliche Rolle¹¹³³. Die Darlegung der bislang ergangenen Entscheide hat gezeigt, dass neben Urkunden und Aussagen vor allem elektronische Agenden und E-Mails beweistechnisch von Bedeutung waren¹¹³⁴.

Zu beweisen sind die Tatbestandsmerkmale, sei dies nun von Abreden, abgestimmten Verhaltensweisen oder der kollektiven Marktbeherrschung bzw. des Missbrauchs dieser Stellung. Bei abgestimmten Verhaltensweisen akzentuiert sich die Beweisproblematik besonders, da sich das nach aussen zu Tage tretende Verhalten zwar in der Regel feststellen lässt, die Abstimmung, namentlich der Informationsaustausch, jedoch oftmals im Geheimen stattfindet. Aus diesem Grund wird auch von »smoke-filled rooms« gesprochen¹¹³⁵. In vielen Fällen lässt sich auch mit den soeben beschriebenen Beweismitteln der Nachweis der Ab-

1132 Siehe dazu BSK KG-BÜHLER/HALBHEER, Vor Art. 1 N 2 ff.

1133 WÄGENBAUR, in: LOEWENHEIM/MEESEN/RIESENKAMPFF, Kartellrecht, Art. 81 N 248. Zu berücksichtigen ist, dass die Abänderbarkeit elektronisch gespeicherter Informationen bereits für sich genommen ein besonderes Problem darstellt; vgl. zur gesamten Thematik auch KARENFORT, Informationsaustausch, S. 1155.

1134 Dazu vorstehend § 14 Ziff. 2.3.

1135 ATHEY/BAGWELL, Optimal Collusion, S. 429; vgl. auch WHISH, Information Agreements, S. 24 f. und 36 f., der zu Recht auch auf die Problematik von elektronischen Business-to-Business-Märkten hinweist und Internet Chat Rooms als die »smoke-filled rooms« des 21. Jahrhunderts bezeichnet. Bei solchen Plattformen seien ohnehin die bekannten Voraussetzungen für die Zulässigkeit horizontaler Kooperation zu prüfen; vgl. dazu auch den FTC REPORT B2B (Fn 921) und SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 725.

stimmung, also des Informationsaustauschs, nur indirekt, mithin mit Hilfe von Indizien, führen. Das gleichförmige Verhalten dient wohl oftmals als erster Anhaltspunkt. Weil diese Gleichförmigkeit aber, wie gezeigt, sowohl die Folge normalen Wettbewerbsverhaltens als auch einer abgestimmten Verhaltensweise sein kann, sind weitere Indizien notwendig. Als solche dienen zunächst Kommunikationselemente, worunter insbesondere Sitzungen, Telefongespräche oder E-Mail bzw. Briefe zu verstehen sind¹¹³⁶. Weiter sind die ökonomischen Gegebenheiten, namentlich die Marktstruktur und die Form des Wettbewerbs, auch bei der Beweiswürdigung beachtlich: Ist das festgestellte Verhalten, ökonomisch betrachtet, ohne vorherige Abstimmung undenkbar oder höchst unwahrscheinlich (diese Formulierung dient als Gegensatz zum Beweismass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit¹¹³⁷), so stellen die Marktbedingungen ein besonders wichtiges Indiz dar. Allerdings ist gerade hier Vorsicht geboten. Ökonomische Modelle dürften aufgrund der mit ihnen verbundenen Unsicherheiten (auch bezüglich der getroffenen Grundannahmen) alleine kaum ausreichen, um das Mass der überwiegenden Wahrscheinlichkeit erreichen zu können, wenn nicht gleichzeitig weitere Umstände vorliegen, die in die gleiche Richtung weisen. In die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen sind schliesslich auch die wirtschaftlichen (Eigen-)Interessen der Beteiligten, welche die Beweiswürdigung abrunden¹¹³⁸.

2. Unsicherheit anderer Art: Compliance

Wurde bis anhin vor allem von der Unsicherheit der auf einem Markt tätigen Wettbewerber hinsichtlich ihrer Marktstrategie gesprochen, so ist an dieser Stelle auf eine letzte weitere Unsicherheit einzugehen. Die bislang unklare rechtliche Einordnung des Informationsaustauschs hat eine Unsicherheit dahingehend geschaffen, dass ein bis vor Kurzem wenig beachtetes Verhalten unter Umständen nun kartellrechtliche Konsequenzen haben kann, wobei allerdings nicht in jedem Fall klar ist, welches die Umstände sind, die zu einer kartellrechtlichen Sanktionierung führen können – und vor allem weshalb. Die mittlerweile auch in der Schweiz ergangenen Entscheide zeigen jedoch auf, dass Unternehmen hinsichtlich des Informationsaustauschs mit ihren Wettbewerbern auf der Hut sein müssen. Denn zu Recht geht die WEKO Fälle an, in denen inkonnexe Informationsaustauschsysteme im Zentrum stehen, weil sie – wiederum zu Recht – der Auf-

1136 KÜHN, *Fighting Collusion*, S. 175 ff.; vgl. auch VIVES, *Information Sharing: Economics and Antitrust*, S. 4; siehe zudem WHISH, *Information Agreements*, S. 39.

1137 BSK KG-KRAUSKOPF/SCHALLER, Art. 5 N 634.

1138 Zum Ganzen vgl. auch SCHRÖTER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, *Wettbewerbsrecht*, Art. 82 N 94 ff.

fassung ist, ein Informationsaustausch vor allem im Horizontalverhältnis könne den Wettbewerb beeinträchtigen. Um diesem Risiko zu begegnen, ist erforderlich, dass die Unternehmen interne Richtlinien und Abläufe diesen neuen Entwicklungen anpassen.

Zum einen haben sie Vorsicht walten zu lassen, wenn ihnen ein Konkurrent wettbewerbssensitive Informationen sendet oder anbietet. Wie gezeigt, hat das empfangende Unternehmen solche Informationen – vorsichtshalber – ausdrücklich abzulehnen, will es nicht riskieren, dass ihm die Vermutung des Kausalzusammenhangs zum Verhängnis wird¹¹³⁹. Planen Unternehmen, Informationen auszutauschen oder haben sie einen entsprechenden Austausch bereits installiert, so ist anhand der ergangenen Rechtsprechung und unter Umständen anhand der von der Europäischen Kommission entwickelten Leitlinien genau zu prüfen, inwiefern der Informationsaustausch kartellrechtliche Bedenken hervorrufen könnte. Als Faustregel kann Folgendes dienen: Der Austausch von strategischen (wettbewerbssensitiven), aktuellen und nicht aggregierten unternehmensspezifischen Informationen auf einem wenig komplexen oligopolistischen Markt ist tendenziell unzulässig, während ein solcher von älteren bzw. historischen und genügend aggregierten Informationen auf einem Markt mit vielen Wettbewerbern weniger problematisch ist¹¹⁴⁰.

Hinzuweisen ist schliesslich auf die Gutachter- bzw. Beratungstätigkeiten der WEKO bzw. des Sekretariates (Art. 23 Abs. 2 und 47 KG). Diese Dienstleistungen werden mittlerweile vermehrt in Anspruch genommen. Gerade bei der Beurteilung eines Informationsaustauschs könnte eine Beratung durch das Sekretariat wichtige Aufschlüsse darüber geben, ob er kartellrechtlich bedenklich ist. Allenfalls gibt die WEKO auch Hinweise, wie die Problematik entschärft werden könnte. Zwar ist es grundsätzlich möglich, dem Sekretariat anonym bzw. über einen Vertreter einen Sachverhalt zu präsentieren oder diesen auf ganz bestimmte Teile zu beschränken. Beachtlich ist in einem solchen Fall aber, dass das Sekretariat nur dann eine substantielle Beratung geben kann, wenn sämtliche Umstände berücksichtigt werden können. Das heisst, dass die Beurteilung stets nur aufgrund des präsentierten Sachverhalts erfolgen kann. Entsprechend muss auch das Gesuch formuliert sein. Dies gilt im besonderen Masse für den Informationsaustausch, dessen Beurteilung erheblich von den Umständen des Einzelfalles abhängt. Weiter ist zu beachten, dass die WEKO durch die Beratung seines Sekretariates rechtlich nicht gebunden wird. Endgültige (Rechts-)Sicherheit lässt sich also auch mit ihr nicht erreichen¹¹⁴¹.

1139 Vgl. auch SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 720 f.

1140 VIVES, Information Sharing: Economics and Antitrust, S. 6 und 8; KÜHN, Fighting Collusion, S. 186 ff.

1141 BSK KG-BANGERTER, Art. 23 N 48 ff.

3. Erschreckend klüger »als wie zuvor«?

Nichts sei so erschreckend, wie nichts zu wissen und doch zu handeln, soll Goethe gesagt haben. Trifft dies zu? Die Tatsache jedenfalls, dass Unternehmen kartellrechtliche Sanktionen drohen, wenn sie mit ihren Wettbewerbern Informationen austauschen, dürfte zwar nicht zwingend erschreckend, immerhin aber von erheblicher Bedeutung sein. Insofern muss aufgrund der Erkenntnisse in dieser Arbeit gelten, dass Unternehmen unter Umständen handeln müssen, ohne zu wissen. Mit anderen Worten haben sie Entscheide im Zustand der Ungewissheit zu treffen. Doch ist dies nun erschreckend? Für das einzelne Unternehmen mag dies zutreffen. Für funktionierenden Wettbewerb ist das Geheime allerdings oftmals Voraussetzung. Im Interesse einer freiheitlichen, marktwirtschaftlichen Ordnung haben sich daher auch die Marktteilnehmer, insbesondere die sich an einem Informationsaustausch beteiligenden Unternehmen, dem funktionierenden Wettbewerb unterzuordnen und das diesem inhärente Geheime bestenfalls als Herausforderung und Anreiz anzunehmen, mindestens aber im Sinne eines notwendigen Übels zu akzeptieren.

Nicht nur Unternehmen haben sich den Herausforderungen zu stellen. Auch der Gesetzgeber und die Wettbewerbsbehörden müssen sich mit neuen Sachverhalten auseinandersetzen. Solche ergeben sich gerade aus der Vernetzung der Wirtschaft, der Globalisierung und des Aufkommens neuer bzw. der Weiterentwicklung von Informations- und Kommunikationstechnologien¹¹⁴². Allfälligen staatlichen Interventionen, beispielsweise der kartellrechtlichen Regelung bestimmter Sachverhalte, wird in der Schweiz allerdings zu Recht mit Misstrauen begegnet¹¹⁴³. Regulierungen bringen oftmals nicht das Heil, das sie versprechen. Denn Wirtschaftssubjekte verhalten sich in dieser Hinsicht regelmässig wie der *homo oeconomicus*, der wie Wasser jedem Hindernis ausweicht. Mit anderen Worten wird mit der staatlichen Intervention zwar ein Loch gestopft bzw. ein Hindernis eingebaut. Die im Wettbewerb »kämpfenden« Unternehmen werden dadurch jedoch vermehrt andere – und nicht zwingend bessere – Wege finden, um etwaige (Kunden-)Bedürfnisse befriedigen oder ihre Gewinnvorstellungen erreichen zu können. Nichtsdestotrotz müssen gerade Wettbewerbsbehörden handeln, wenn der Schutz des Wettbewerbs dies erfordert. Dies gilt, wie gezeigt, in besonderem Masse im Zusammenhang mit einem Informationsaustausch. Es muss allerdings alles daran gesetzt werden, dass die Intervention nicht zu einem Hindernis wird. Gerade auch aufgrund der möglichen positiven Wirkungen des Informationsaustauschs bzw. der Transparenz besteht die Gefahr, dass Wün-

1142 KARENFORT, Informationsaustausch, S. 1155.

1143 Vgl. auch VICENT MARTENET, Herausforderungen bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: NZZ vom 18. Mai 2011, S. 31.

schenswertes untersagt anstatt gefördert wird¹¹⁴⁴. Es müssen daher kohärente Grundsätze entwickelt werden, die den Informationsaustausch in geordnete Bahnen lenken können.

Der Austausch von Informationen ist zwar in allen Bereichen des Kartellrechts von Bedeutung. Er kann nicht nur Gegenstand der Beurteilung eines Zusammenschlussvorhabens sein, sondern unter Umständen auch die Begründung einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung ermöglichen oder unterstützen. Daneben zeigt sich, dass der Informationsaustausch oftmals auch als abgestimmte Verhaltensweise qualifiziert werden kann. In dieser Form lässt sich das ihm zugrunde liegende Verhalten allerdings regelmässig nur schwer fassen. Dennoch können seine Wirkungen für den Wettbewerb ebenso schädlich sein wie diejenigen einer eigentlichen Wettbewerbsabrede (Vereinbarung) oder eines Missbrauchs einer kollektiv marktbeherrschenden Stellung. In der Regel wird auf dem relevanten Markt zunächst einzig ein gleichförmiges Verhalten feststellbar sein. Ein solches kann aber sowohl zulässig als auch unzulässig sein, wobei die Abgrenzung schwer fällt. Von Bedeutung ist deshalb, worauf dieses Verhalten zurückzuführen ist.

Dass gleichförmiges Verhalten nur schwer fassbar sein kann, wobei mit »fassbar« sowohl die Erstellung des Sachverhalts als auch die Subsumption unter einen kartellrechtlichen Tatbestand gemeint ist, darf aber nicht dazu führen, dass die Wettbewerbsbehörden davon absehen, zu ermitteln, welches die Ursachen des gleichförmigen Verhaltens sind. Ohnehin ist die (theoretische) kartellrechtliche Beurteilung bzw. Qualifizierung eines Informationsaustauschs von der Frage der Beweisbarkeit zu unterscheiden¹¹⁴⁵. Ziel der Verfahren muss es jedenfalls sein, wirksamen Wettbewerb sicherzustellen und gegenüber Verhaltensweisen, die ihm zuwiderlaufen, zu verteidigen.

Die vorgenommene Beurteilung darf nicht nur das Resultat einer akademischen, rechtswissenschaftlichen Erörterung sein. Ebenso wenig sollte sie sich aber einzig auf ökonomische Überlegungen stützen. Nur schon die Tatsache, dass ökonomische Modelle je nach den getroffenen Grundannahmen zu unterschiedlichen Resultaten führen¹¹⁴⁶, zeigt, dass die Rechtssicherheit nicht gefördert wird, wenn Wettbewerbsbehörden oder Gerichte lediglich ökonomische Entscheidungen treffen. Rechtsunsicherheit ist zudem als Risiko zu betrachten, mit dem Unternehmen zwar grundsätzlich umzugehen haben. Risiken verursachen jedoch Kosten. Ein gutes Beispiel dafür sind Risikozuschläge bei verlang-

1144 Vgl. zur Verhinderung von Positivem auch KARENFORT, Informationsaustausch, S. 1166.

1145 KARENFORT, Informationsaustausch, S. 1154.

1146 Vgl. die Hinweise bei KÜHN, Fighting Collusion, S. 175 ff.; SCHMALENSEE, Antitrust and the New Industrial Economics, S. 25 ff.; ZACH/KÜNZLER, Efficiency, S. 269 ff.

ten (Darlehens-)Zinsen. Werden Einzelfälle nicht mehr aufgrund klarer rechtlicher Leitlinien entschieden, sondern lediglich noch aufgrund von Ergebnissen ökonomischer Modelle, können Unternehmen ihr Verhalten nicht mehr nach dem Gesetz bzw. einer kohärenten Praxis, mithin nach dem Erlaubten, ausrichten. Das Verhalten wird dadurch risikobehaftet und führt zu entsprechenden Kosten¹¹⁴⁷, was weder den Unternehmen noch den Konsumenten bzw. der gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrt dient. Immerhin aber können solche Modelle sicherstellen, dass in die Beurteilung eines kartellrechtlichen Sachverhalts auch ökonomische Aspekte einfließen. Erforderlich sind in diesem Sinne juristisch und ökonomisch abgestützte Entscheide¹¹⁴⁸.

Selbstverständlich muss in einem derart wirtschaftlich geprägten Umfeld wie dem Kartellrecht die Ökonomie eine bedeutende Rolle spielen. Ökonomische Theorien können und sollten beispielsweise herangezogen werden, um nach der Antwort auf die Frage zu forschen, ob der allenfalls regelmässige Austausch einer bestimmten Information unter gegebenen Marktstrukturen ganz grundsätzlich kartellrechtliche Bedenken hervorruft. Entscheidend ist schliesslich aber nicht, ob ein ökonomisches Modell besagt, der Austausch von Informationen könnte wettbewerbsbeschränkend wirken, sondern ob die Behörde bzw. das Gericht in freier Würdigung der Beweise zum Schluss gelangt, unter den gegebenen Umständen liege eine unzulässige abgestimmte Verhaltensweise oder allenfalls eine kollektive Marktbeherrschung und allenfalls ein Missbrauchstatbestand vor. Diese Würdigung hat umfassend auszufallen. Ein Informationsaustausch und seine wirtschaftlichen Begleitumstände sind zu komplex, als dass sich das Gericht oder die Behörde auf abstrakte Überlegungen beschränken könnte. Insbesondere gibt es keine Vermutung der Wettbewerbswidrigkeit, weshalb ein einmal festgestellter Informationsaustausch nicht schon *per se* untersagt werden kann. Der zu treffende Entscheid kann schliesslich auch nicht delegiert werden, namentlich nicht an (ökonomische) Gutachter, handelt es sich bei der Subsumption doch, wie gezeigt, um eine juristische Aufgabe.

Das Ergebnis einer kartellrechtlichen Beurteilung ist nur selten Schwarz oder Weiss. Erforderlich ist daher, dass im Rahmen der Vorgaben der Rechtsordnung und anhand klarer Kriterien eine Einzelfallprüfung stattfindet¹¹⁴⁹. Bei der anschliessenden Subsumption kann auf diejenigen (Beweis-)Erleichterungen zurückgegriffen werden, die Gesetz und Praxis vorsehen. Insofern kann die Einzel-

1147 Zu dieser Thematik auch MÖSCHEL, Wettbewerb zwischen Handlungsfreiheiten und Effizienzzielen, S. 359 ff.

1148 Vgl. auch VICENT MARTENET, Herausforderungen bei der Durchsetzung des Wettbewerbsrechts, in: NZZ vom 18. Mai 2011, S. 31; zudem ZÄCH, Wettbewerbsfreiheit, S. 24.

1149 KARENFORT, Informationsaustausch, S. 1155 und 1166; vgl. auch SCHROEDER, Informationsaustausch, S. 722.

fallbeurteilung unterschiedlich umfassend ausfallen. Vor diesem Hintergrund sind Anscheinsbeweise bzw. prima-facie-Beurteilungen grundsätzlich abzulehnen. Dies gilt insbesondere auch hinsichtlich der objektiven Geeignetheit (Bezwecken einer Wettbewerbsbeschränkung), dass ein Informationsaustausch zu einer Beschränkung des Wettbewerbs führt¹¹⁵⁰. Auch diese Frage lässt sich nicht abstrakt beantworten, selbst wenn sensible Daten ausgetauscht werden. Bereits die Bezeichnung einer Information als »sensibel« verlangt, dass sie in ihrem entsprechenden Kontext betrachtet wird. Das bedeutet, dass mindestens das Wesen des Informationsaustauschs, daneben aber auch dessen Form und die Marktstruktur in die Beurteilung miteinbezogen werden¹¹⁵¹. Tauschen die Unternehmen beispielsweise Preisinformationen aus, so lässt dieser Austausch noch nicht auf die objektive Geeignetheit, eine Wettbewerbsbeschränkung herbeizuführen, schliessen, auch wenn Preisinformationen gemeinhin als sensibel gelten. Handelt es sich nämlich um alte (historische) Informationen, so sind die kartellrechtlichen Bedenken wesentlich kleiner. Es sind deshalb, wie gezeigt, unabhängig von der Frage des Zwecks oder der Wirkung der abgestimmten Verhaltensweise das Wesen und die Form des Informationsaustauschs sowie die Marktbedingungen zu prüfen¹¹⁵². Erst dies lässt eine Beurteilung der objektiven Geeignetheit und anschliessend die Subsumption unter Art. 4 Abs. 1 KG zu.

Sowohl die rechtlichen als auch die ökonomischen Vorbehalte gegenüber dem Informationsaustausch wurden in dieser Arbeit ausführlich dargelegt. Doch bereits die Verwendung des Begriffes »Vorbehalte« zeigt, dass keineswegs klare »*Dos and Don'ts*« herauskristallisiert werden konnten. Dies liegt jedoch weniger am Unwillen in Literatur und Rechtsprechung, Klarheit zu schaffen, als vielmehr in der Ambivalenz der Information. Je nach Umständen des Einzelfalls kann der Austausch von Informationen andere – ökonomische – Wirkungen entfalten. Und weil diese Wirkungen, wie gezeigt, auch positiv sein können, ist es richtig, die verschiedenen Aspekte als Schutz- bzw. Leitplanken zu verstehen, die es erlauben, bestmöglich wettbewerbsschädliche von wettbewerbsfördernden Informationsaustauschsystemen zu unterscheiden. In diesem Sinne könnte ohne Weiteres gesagt werden, man sei nun eben doch »klüger als wie zuvor«. Es besteht daher auch kein Grund, auf eine konsequente kartellrechtliche Beurteilung des Informationsaustauschs zu verzichten, bloss weil seine Wirkungen ambivalent sind. Die Ambivalenz bringt zwar eine gewisse Unsicherheit mit sich. Je umfassender aber eine Würdigung rechtlicher, informationstheoretischer und ökonomi-

1150 Siehe dazu RPW 2007/1, S. 144 ff.; vgl. im Übrigen auch VIVES, *Information Sharing: Economics and Antitrust*, S. 3.

1151 SCHROEDER, *Informationsaustausch*, S. 722 ff.; KARENFORT, *Informationsaustausch*, S. 1157 ff., insb. S. 1166.

1152 Vgl. auch SCHROEDER, *Informationsaustausch*, S. 725.

scher Gegebenheiten ausfällt, desto eher kann gewährleistet werden, dass ein ökonomisch sinnvolles und rechtlich kohärentes und beständiges Urteil gefällt werden kann¹¹⁵³. Das Streben nach dem »*economic sense*« darf jedenfalls nicht dazu führen, dass die Untersagung von bedenklichen Informationsaustauschsystemen bloss deshalb unterbleibt, weil der Informationsaustausch (ökonomische) Effizienzen fördert oder fördern *könnte*. Im Übrigen sieht das Schweizer Kartellrecht die angemessene Würdigung von Effizienzgründen ausdrücklich vor. Erfolgt die Prüfung des Austauschs somit streng nach dem »Gesetzesraster«, werden auch ökonomische Aspekte nicht vergessen¹¹⁵⁴.

Entscheidungen im Unwissen um die Konsequenzen und daher in Unsicherheit zu treffen, ist unangenehm. Erschreckend ist dies aber nicht. Wettbewerb setzt voraus, dass Unsicherheiten bestehen. Nur so kann er seine volle Wirkung entfalten, von der letztlich sämtliche Marktteilnehmer profitieren. Das Wettbewerbsrecht muss daher das dem Wettbewerb inhärente »Geheime« schützen und Informationsaustauschsysteme bzw. die damit zusammenhängende Kommunikation notfalls untersagen, wenn sie den Wettbewerb beeinträchtigen bzw. zu beschränken drohen.

1153 SCHMALENSEE, Antitrust and the New Industrial Economics, S. 27.

1154 In diesem Sinne ist die Effizienzdebatte im Schweizer wie auch im europäischen Kartellrecht weniger beim Abredetatbestand, sondern vielmehr bei der im Rahmen dieser Arbeit nicht interessierenden Fusionskontrolle zu führen; vgl. HELLWIG, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit, S. 260 ff.; im Übrigen auch ZÄCH/KÜNZLER, Efficiency, S. 281, mit dem treffenden Hinweis, dass der Verzicht auf eine kartellrechtliche Entscheidung (bspw. die Verpflichtung zur Unterlassung eines Informationsaustauschs) nicht etwa wertneutral ist. Keine Antwort ist auch eine Antwort, ist man auch hier versucht zu sagen (vgl. ebenso den Hinweis in Fn 77 dieser Arbeit).

Literaturverzeichnis

Zitierhinweis:

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten Werke werden grundsätzlich mit dem Namen des Verfassers sowie mit einem präzisierenden Stichwort angegeben.

Weiterführende Literatur und solche Publikationen, auf die nur vereinzelt oder gar lediglich ein einziges Mal verwiesen wird, finden sich *in der Regel* als Vollzitat im jeweiligen Zusammenhang und sind im Literaturverzeichnis nicht enthalten. Ebenso wird verfahren, wenn es sich um eine Publikation handelt, auf die lediglich der Information halber verwiesen wird, nicht jedoch im Sinne eines Verweises auf eine konkrete Stelle der Publikation. Stand der Literatur ist Ende Oktober 2011.

AAMODT AGNAR/NYGÅRD MADS, Different roles and mutual dependencies of data, information and knowledge – an AI perspective of their integration, in: Data and Knowledge Engineering 16, Amsterdam 1995, S. 191 ff. [zit. AAMODT/NYGÅRD, data, information and knowledge]

ABREU DILIP/MILGROM PAUL/PEARCE DAVID, Information and Timing in repeated Partnerships, in: Econometrica, Vol. 59, No. 6 (November 1991), S. 1713 ff. [zit. ABREU/MILGROM/PEARCE, Information]

AMSTUTZ MARC, Oligopole, Fusionskontrolle und evolutorische Ökonomik – Eine wirtschaftsrechtliche Kritik der Lehre von der kollektiven Marktbeherrschung, in: FORSTMOSER PETER/VON DER CRONE HANS C./WEBER ROLF/ZOBL DIETER (Hrsg.), Der Einfluss des Europäischen Rechts auf die Schweiz, FS für Roger Zäch zum 60. Geburtstag, Zürich 1999, S. 193 ff. [zit. AMSTUTZ, Oligopol]

AMSTUTZ MARC/REINERT MANI (Hrsg.), Kartellgesetz, Basel 2010 [zit. BSK KG-BEARBEITER/IN, Art. 1 N 1]

ATHEY SUSAN/BAGWELL KYLE, Optimal Collusion with Private Information, in: The RAND Journal of Economics, Vol. 32, No. 3 (Herbst 2001), S. 428 ff. [zit. ATHEY/BAGWELL, Optimal Collusion]

AUSTIN JOHN L., Zur Theorie der Sprechakte (How to do things with Words), 2. Auflage, Stuttgart 1985 [zit. AUSTIN, Sprechakte]

AZCUENAGA MARY L., Price Surveys, Benchmarking and Information Exchanges, in: ALBACH HORST/JIN JIM Y./SCHENK, Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy, Berlin 1996, S. 27 ff. [zit. AZCUENAGA, Information Exchanges]

BAKER & MCKENZIE, Stämpflis Handkommentar zum KG, Bern 2007 [zit. BAKER & MCKENZIE, Handkommentar zum KG, Art. 1 N 1]

BAIRD DOUGLAS G./GERTNER ROBERT H./PICKER RANDAL C., Game Theory and the Law, Cambridge/London 1994 [zit. BAIRD/GERTNER/PICKER, Game Theory and the Law]

BAUMOL WILLIAM J., Horizontal Collusion and Innovation, in: The Economic Journal, Vol. 102, No. 410, New York 1992, S. 129 ff. [zit. BAUMOL, Horizontal Collusion and Innovation]

BEHRENS PETER, Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Politische Ökonomie als rationale Jurisprudenz, Tübingen 1986 [zit. BEHRENS, ökonomische Grundlagen des Rechts]

- BERNHEIM B. DOUGLAS/WHINSTON MICHAEL D., Multimarket contact and collusive Behaviour, in: The RAND Journal of Economics, Vol. 21, No. 1 (Frühling 1990), S. 1 ff. [zit. BERNHEIM/WHINSTON, Multimarket contact]
- Besanko David/Dranove David/Shanley Mark/Schaefer Scott, Economics of Strategy, 4. Auflage, Hoboken 2007 [zit. Besanko/Dranove/ Shanley/Schaefer, Economics of Strategy]
- BOYLE JAMES, Shamans, Software & Spleens, Law and the construction of the information society, London 1997 [zit. BOYLE, Shamans, Software & Spleens]
- BORER JÜRGE, Kommentar Wettbewerbsrecht I, 3. Auflage, Zürich 2011 [zit. BORER, Kartellgesetz]
- BOTSCHAFT zum Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen vom 23. November 1994, BBl 1995, Bd. I, S. 468 ff. [zit. BOTSCHAFT 1994]
- BROCK WILLIAM A./SCHEINKMAN JOSÉ A., Price Setting Supergames with Capacity Constraints, in: Review of Economic Studies (1985) LII, S. 371 ff. [zit. BROCK/SCHEINKMAN, Price Setting Supergames]
- BROCKHAUS, Die Enzyklopädie in vierundzwanzig Bänden, 20. Auflage, Leipzig 2001 [zit. BROCKHAUS, (Begriff)]
- BRÜTSCH RAPHAEL, Parallelverhalten im Oligopol als Problem des schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern 2003 [zit. BRÜTSCH, Parallelverhalten]
- BULL HANS PETER, Datenschutz, Informationsrecht und Rechtspolitik, Gesammelte Aufsätze, in: GARSTKA HANSJÜRGEN/KLOEPFER MICHAEL/SCHOCH FRIEDRICH (Hrsg.), Beiträge zum Informationsrecht, Band 16, Berlin 2005 [zit. BULL, Informationsrecht]
- VON BÜREN ROLAND/MARBACH EUGEN/DUCREY PATRIK, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, 3. Auflage, Bern 2008 [zit. von BÜREN/MARBACH/DUCREY, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht]
- CABALLERO SANZ FRANCISCO, Information Exchange Mechanisms and EC Antritrust Policy, in: ALBACH HORST/JIN JIM Y./SCHENK, Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy, Berlin 1996, S. 27 ff. [zit. CABALLERO SANZ, Information Exchange Mechanisms]
- CLARK JOHN MAURICE, Toward a Concept of Workable Competition, in: The American Economic Review, Vol. 30, No. 2, Part 1, New York 1940, S. 241 ff. [zit. CLARK, Workable Competition]
- CLARK JOHN MAURICE, Competition: Static Models and Dynamic Aspects, in: The American Economic Review, Vol. 45, No. 2, Papers and Proceedings of the Sixty-seventh Annual Meeting of the American Economic Association, New York 1955, S. 450 ff. [zit. CLARK, Dynamic Aspects]
- CLARKE RICHARD N., Collusion and the Incentives for Information Sharing, in: The Bell Journal of Economics, Vol. 14, No. 2 (Herbst 1983), S. 383 ff. [zit. CLARKE, Information Sharing]
- COATE MALCOLM B., Alive and Kicking: Collusion Theories in Merger Analysis at the Federal Trade Commission, in: EVANS DAVID S. (Hrsg.), Competition Policy International, Volume 4, Number 2, Autumn 2008 [zit. COATE, Collusion]
- COMPTE OLIVIER/JENNY FRÉDÉRIC/REY PATRICK, Capacity Constraints, Mergers and Collusion, in: European Economic Review 46 (2002), S. 1 ff. [zit. COMPTE/JENNY/REY, Capacity Constraints]
- DAVIES STEPHEN/OLCZAK MATTHEW, Tacit versus Overt Collusion Firm Asymmetries and Numbers: What's the Evidence, in: EVANS DAVID S. (Hrsg.), Competition Policy Inter-

- national, Volume 4, Number 2, Autumn 2008 [zit. DAVIES/OLCZAK, Tacit versus Overt Collusion]
- DRUEY JEAN NICOLAS, Information als Gegenstand des Rechts, Zürich/Baden-Baden 1995 [zit. DRUEY, Information]
- EMCH DANIEL, Das Verhältnis zwischen unzulässigen Wettbewerbsabreden und unzulässigen Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen im Lichte des Konzepts der kollektiven Marktbeherrschung, in: recht 5/2003, S. 161 ff. [zit. EMCH, kollektive Marktbeherrschung]
- FOX ELEANOR M./SULLIVAN LAWRENCE A., Cases and Materials on Antitrust, American Casebook Series, St. Paul/Minnesota 1989 [zit. FOX/SULLIVAN, Casebook]
- FRIED DOV, Incentives for Information Production and Disclosure in a Duopolistic Environment, in: The Quarterly Journal of Economics, Vol. 99, No. 2 (Mai 1984), S. 367 ff. [zit. FRIED, Incentives for Information Production and Disclosure]
- FRIEDERISZICK HANS W./MAIER-RIGAUD FRANK P., The Role of Economics in Cartel Detection in Europe, in: SCHMIDTCHEN DIETER/ALBERT MAX/VOIGT STEFAN, The More Economic Approach to European Competition Law, Tübingen 2007, S. 179 ff. [zit. FRIEDERISZICK/MAIER-RIGAUD, The Role of Economics]
- FUDENBERG DREW/TIOLE JEAN, Noncooperative Game Theory for Industrial Organization: An Introduction and Overview, in: SCHMALENSSEE RICHARD/WILLIG ROBERT D. (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Volume I, Amsterdam/New York/Oxford/Tokyo 1989, S. 259 ff. [zit. FUDENBERG/TIOLE, Noncooperative Game Theory]
- GAL-OR ESTHER, Information Sharing in Oligopoly, in: Econometrica, Vol. 53, No. 2 (März 1985), S. 329 ff. [zit. GAL-OR, Information Sharing in Oligopoly]
- GAL-OR ESTHER, Information Transmission – Cournot and Bertrand Equilibria, in: The Review of Economic Studies, Vol. 53, No. 1 (Januar 1986), S. 85 ff. [zit. GAL-OR, Information Transmission]
- GASSER DOMINIK/RICKLI BRIGITTE, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010 [zit. GASSER/RICKLI, ZPO Kurzkommentar, Art. 1 N 1]
- GREEN EDWARD J./PORTER ROBERT H., Noncooperative Collusion under Imperfect Price Information, in: Econometrica, Vol. 52, No. 1 (Januar 1984), S. 87 ff. [zit. GREEN/PORTER, Noncooperative Collusion]
- GRILLO MICHELE, Collusion and Facilitating Practices: A New Perspective in Antitrust Analysis, in: European Journal of Law and Economics, 14, Dordrecht/Netherlands 2002, S. 151 ff. [zit. GRILLO, Collusion]
- HABSCHEID WALTHER J., Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Ein Lehrbuch seiner Grundlagen, 2. Auflage, Basel/Frankfurt a.M. 1990 [zit. HABSCHEID, Zivilprozessrecht]
- HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Auflage, Zürich 2006 [zit. HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Allgemeines Verwaltungsrecht]
- HAFT FRITJOF, Recht und Sprache, in: KAUFMANN ARTHUR/HASSEMER WINFRIED (Hrsg.), Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg/Karlsruhe 1977, S. 112 ff. [zit. HAFT, Recht und Sprache]
- HAUPT HEIKO, Kollektive Marktbeherrschung in der europäischen Missbrauchs- und Fusionskontrolle, in: Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften, Band 24, Baden-Baden 2004 [zit. HAUPT, Kollektive Marktbeherrschung]
- HAYEK FRIEDRICH AUGUST VON, The Use of Knowledge in Society, in: The American Economic Review, Vol. 35, No. 4 (September 1945), S. 519 ff. [zit. HAYEK, Knowledge]

- HELLWIG MARTIN, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit? Zur normativen Grundlegung der Wettbewerbspolitik, in: ENGEL CHRISTOPH/MÖSCHEL WERNHARD (Hrsg.), Recht und spontane Ordnung, Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum achtzigsten Geburtstag, Baden-Baden 2006 [zit. HELLWIG, Effizienz oder Wettbewerbsfreiheit]
- HEUSS ERNST, Allgemeine Markttheorie, Tübingen/Zürich 1965 [zit. HEUSS, Markttheorie]
- HOLLER MANFRED J./ILLING GERHARD, Einführung in die Spieltheorie, 6. Auflage, Berlin/Heidelberg 2006 [zit. HOLLER/ILLING, Spieltheorie]
- HOMBURGER ERIC, Kommentar zum Schweizerischen Kartellgesetz vom 20. Dezember 1985, Zürich 1990 [zit. HOMBURGER, Kartellgesetz]
- HOMBURGER ERIC/SCHMIDHAUSER BRUNO/HOFFET FRANZ/DUCREY PATRICK, Kommentar zum schweizerischen Kartellgesetz, Zürich 1996–1997 [zit. BEARBEITER/IN, in: HOMBURGER et al., Art. N]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/WIEGAND WOLFGANG, Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1–529 OR, 4. Auflage, Basel 2007 [zit. BSK OR I-BEARBEITER/IN, Art. 1 N 1]
- HONSELL HEINRICH/VOGT NEDIM PETER/GEISER THOMAS, Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch I, Art. 1–456 ZGB, 4. Auflage, Basel 2010 [zit. BSK ZGB I-BEARBEITER/IN, Art. 1 N 1]
- HORNIG STEPHAN O., Informationsaustausch und trotzdem Wettbewerb? Unternehmensverhalten bei Nachfrageunsicherheit, Tübingen 1999 [zit. HORNIG, Informationsaustausch und trotzdem Wettbewerb]
- HUCK STEFFEN/NORMANN HANS-TEO/OECHSSLER JÖRG, Two are few and four are many: number effects in experimental oligopolies, in: Journal of Economic Behavior & Organisation, Vol. 53 (Amsterdam 2004), S. 435 ff. [zit. HUCK/NORMANN/ OECHSSLER, Two are few and four are many]
- IMMENG A ULRICH/MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM, Kommentar zum Europäischen Kartellrecht, Band 1. EG/Teil 1, 4. Auflage, München 2007 [zit. BEARBEITER, in: IMMENG A/MESTMÄCKER, Kartellrecht, Art. 1 N 1]
- IVALDI MARC/JULLIEN BRUNO/REY PATRICK/SEABRIGHT PAUL/TIROLE JEAN; The Economics of Tacit Collusion, Final Report for DG Competition, European Commission, Toulouse 2003 [zit. IVALDI/JULLIEN/REY/SEA-BRIGHT/TIROLE, Economics of Tacit Collusion]
- JANICH PETER, Was ist Information? Kritik einer Legende, Frankfurt a.M. 2006 [zit. JANICH, Information]
- JUNGERMANN FRANK, Kollektive Marktbeherrschung durch interdependentes Parallelverhalten und deren Missbrauch, München 2007 [zit. JUNGERMANN, Kollektive Marktbeherrschung]
- KANDORI MICHIIHIRO/MAILATH GEORGE J./ROB RAFAEL, Learning, Mutation and Long Run Equilibria in Games, in: Econometrica, Vol. 61, No. 1 (Januar 1993), S. 29 ff. [zit. KANDORI/MAILATH/ROB, Learning]
- KANDORI MICHIIHIRO/MATSUSHIMA HITOSHI, Private Observation, Communication and Collusion, in: Econometrica, Vol. 66, No. 3 (Mai 1998), S. 627 ff. [zit. KANDORI/MATSUSHIMA, Observation, Communication and Collusion]
- KANTZENBACH ERHARD/KOTTMANN ELKE/KRÜGER REINALD, Kollektive Marktbeherrschung: Neue Industrieökonomik und Erfahrungen aus der Europäischen Fusionskontrolle, Baden-Baden 1996 [zit. KANTZENBACH/KOTTMANN/KRÜGER, Kollektive Marktbeherrschung]
- KARENFORT JÖRG, Der Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern – kompetitiv oder konspirativ, in: WuW 11/2008, S. 1154 ff. [zit. KARENFORT, Informationsaustausch]

- KOSTKA JUHANI, Harte Kartelle, Internationale Entwicklung und schweizerisches Recht, in: GAUCH PETER (Hrsg.), Arbeiten aus dem iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Nr. 302, Zürich/Basel/Genf 2010 [zit. KOSTKA, Harte Kartelle]
- KÜHN KAI-UWE, Fighting collusion, Regulation of Communication between firms, in: Economic Policy 32 (April 2001), S. 169 ff. [zit. KÜHN, Fighting Collusion]
- KÜHN KAI-UWE/VIVES XAVIER, Information Exchanges among Firms and their Impact on Competition, Brüssel 1995 [zit. KÜHN/VIVES, Information Exchanges]
- KUNZ HARALD, Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren in evolutorischer Perspektive, in: Wirtschaftspolitische Blätter, Jahrgang 36 (Wien 1989), Heft 2, Friedrich August von Hayek zum 90. Geburtstag, S. 214 ff. [zit. KUNZ, Wettbewerb als Entdeckungsverfahren]
- LINDER BIRGIT, Kollektive Marktbeherrschung in der Fusionskontrolle, Eine Untersuchung zum US-amerikanischen, deutschen und europäischen Recht, in: MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM/MÖSCHEL WERNHARD/STREIT MANFRED E. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 195, Baden-Baden 2005 [zit. LINDER, Kollektive Marktbeherrschung]
- LIVER PETER et al. (Hrsg.), Berner Kommentar zum Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1–10 ZGB, Bern 1962 [zit. BK ZGB-BEARBEITER, Art. 1 N 1]
- LOCHMANN DIETMAR, Vom Wesen der Information, Norderstedt 2004 [zit. LOCHMANN, Information]
- LOEWENHEIM ULRICH/MEESSEN KARL M./RIESENKAMPFF ALEXANDER, Kartellrecht, Band 1, Europäisches Recht, München 2005 [zit. BEARBEITER, in: LOEWENHEIM/MEESSEN/RIESENKAMPFF, Kartellrecht, Art. 1 N 1]
- LUCE ROBERT DUNCAN/RAIFFA HOWARD, Games and Decisions, introduction and critical survey, New York 1957 [zit. LUCE/RAIFFA, Games and Decisions]
- LÜSCHER CHRISTOPH, Kleines Glossar der Fehlvorstellungen über Marktbeherrschung, deren Missbrauch und Rechtfertigung, in: Jusletter vom 2. November 2009 [zit. LÜSCHER, Glossar]
- MARSHALL ALFRED, Principles of Economics, 8. Auflage, London 1982 (Neuaufgabe) [zit. MARSHALL, Economics]
- MAYER-SCHÖNBERGER VIKTOR, Information und Recht, Vom Datenschutz bis zum Urheberrecht, Wien/New York 2001 [zit. MAYER-SCHÖNBERGER, Information und Recht]
- MEIER-HAYOZ ARTHUR (Hrsg.), Berner Kommentar zum Obligationenrecht, Band VI, 1. Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1–18 OR, Bern 1986 [zit. BK OR-BEARBEITER, Art. 1 N 1]
- METZGER PETER, Schweizerisches juristisches Wörterbuch, einschliesslich Versicherungsrecht mit Synonymen und Antonymen, Basel/Genf/München 2005 (unveränderter Nachdruck der Erstauflage 1996) [zit. METZGER, juristisches Wörterbuch]
- MÖHLENKAMP ANDREAS, Verbandskartellrecht – trittfeste Pfade in unsicherem Gelände, in: WuW 4/2008, S. 428 ff. [zit. MÖHLENKAMP, Verbandskartellrecht]
- MÖLLGAARD PETER/OVERGAARD PER BALTZER, Transparency and competition policy, in: Pros and Cons of Information Sharing, Series of the Swedish Competition Authority, Kalmar 2006 [zit. MÖLLGAARD/OVERGAARD, Transparency and competition policy]
- MORRIS CHARLES, Signs, Language and Behaviour, New York 1946 [zit. MORRIS, Signs]
- MÖSCHEL WERNHARD, Wettbewerb zwischen Handlungsfreiheiten und Effizienzzielen, in: ENGEL CHRISTOPH/MÖSCHEL WERNHARD (Hrsg.), Recht und spontane Ordnung, Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum achtzigsten Geburtstag, Baden-Baden 2006 [zit. MÖSCHEL, Wettbewerb zwischen Handlungsfreiheiten und Effizienzzielen]

- MOTTA MASSIMO/COURTY PASCAL/FABRA NATALIA/FUMAGALLI CHIARA, Identical price categories in oligopolistic markets. Innocent behaviour or collusive practice?, Mailand 2004 [zit. MOTTA/COURTY/FABRA/FUMAGALLI, Identical price categories]
- POSNER RICHARD A., Antitrust Law, 2. Auflage, Chicago 2001 [zit. POSNER, Antitrust Law]
- POSNER RICHARD A., Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach, in: Stanford Law Review, Vol. 21, No. 6 (Juni 1969), S. 1562 ff. [zit. POSNER, Oligopoly]
- POSNER RICHARD A., The Social Costs of Monopoly and Regulation, in: The Journal of Political Economy, Vol. 83, No. 4 (August 1975), S. 807 ff. [zit. POSNER, Monopoly]
- PRÜMMER FELIX, Verhältnismässigkeitsaspekte der Zusagenpraxis in der europäischen Fusionskontrolle, in: MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM/MÖSCHEL WERNHARD/HELLWIG MARTIN (Hrsg.), Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 211, Baden-Baden 2007, S. 42 ff. [zit. PRÜMMER, Verhältnismässigkeitsaspekte]
- REY HEINZ, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 4. Auflage, Zürich 2008 [zit. REY, Haftpflichtrecht]
- RHINOW RENÉ/GUROVITS ANDRÁS A., Gutachten über die Verfassungsmässigkeit der Einführung von direkten Sanktionen im Kartellgesetz zuhanden des Generalsekretariats des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements (EVD) vom 5. Juli 2001, in: RPW 2001/3, S. 592 ff. [zit. RHINOW RENÉ/GUROVITS ANDRÁS A., Gutachten]
- ROGERS PAUL C. III/CALKINS STEPHEN/PATTERSON MARK R./ANDERSEN WILLIAM R., Antitrust Law: Policy and Practice, 4. Auflage, Newark/San Francisco/Charlottesville 2008 [zit. ROGERS/CALKINS/PATTERSON/ANDERSEN, Antitrust Law]
- SCHÄFER HANS-BERND/OTT CLAUS, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage, Berlin 2005 [zit. SCHÄFER/OTT, Ökonomische Analyse des Zivilrechts]
- SCHLUEP WALTER R., »Wirksamer Wettbewerb« als Schlüsselbegriff des neuen schweizerischen Wettbewerbsrechts, Bern/Stuttgart/Toronto 1987 [zit. SCHLUEP, Wirksamer Wettbewerb]
- SCHMALENSSEE RICHARD, Antitrust and the New Industrial Economics, in: The American Economic Review, Vol. 72, No. 2, New York 1982, S. 24 ff. [zit. SCHMALENSSEE, Antitrust and the New Industrial Economics]
- SCHÖNENBERGER WILHELM/JÄGGI PETER, Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Teilband V 1a (Art. 1–529 OR), Zürich 1973 [zit. BEARBEITER/IN, in: SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 1 N 1]
- SCHROEDER DIRK, Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern, in: WuW 7 und 8/2009, S. 718 ff. [zit. SCHROEDER, Informationsaustausch]
- SCHRÖTER HELMUTH/JAKOB THINAM/MEDERER WOLFGANG, Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003 [zit. BEARBEITER, in: SCHRÖTER/JAKOB/MEDERER, Wettbewerbsrecht, Art. 1 N 1]
- SCHULTZ CHRISTIAN, Transparency and Tacit Collusion, Kopenhagen 2001 [zit. SCHULTZ, Transparency and Tacit Collusion]
- SCHULTZ CHRISTIAN, Transparency on the consumer side and tacit collusion, in: European Economic Review 49 (2003), S. 279 ff. [zit. SCHULTZ, Transparency on the consumer side and tacit collusion]
- SHAPIRO CARL, Theories of Oligopoly Behavior, in: SCHMALENSSEE RICHARD/WILLIG ROBERT D. (Hrsg.), Handbook of Industrial Organization, Volume I, Amsterdam/New York/Oxford/Tokyo 1989, S. 329 ff. [zit. SHAPIRO, Oligopoly]
- STEINBUCH KARL, Entscheidung und Information, Thalwil 1989 [zit. STEINBUCH, Entscheidung und Information]

- STEINBUCH KARL, Masslos informiert: Die Enteignung unseres Denkens, 2. Auflage, München 1978 [zit. STEINBUCH, Masslos informiert]
- STIGLER GEORGE J., A Theory of Oligopoly, in: The Journal of Political Economy, Vol. 72, No. 1 (Februar 1964), S. 44 ff. [zit. STIGLER, Oligopoly]
- STIGLER GEORGE J., The Economics of Information, in: The Journal of Political Economy, Vol. 69, No. 3 (Juni 1961), S. 213 ff. [zit. STIGLER, Economics of Information]
- STIGLER GEORGE J., The Kinky Oligopoly Demand Curve and Rigid Prices, in: The Journal of Political Economy, Vol. 55, No. 5 (Oktober 1947), S. 432 ff. [zit. STIGLER, The Kinky Oligopoly Demand Curve]
- STOFFEL WALTER A., Wettbewerbsrecht und -politik in der Schweiz, in: AMSTUTZ MARC/STOFFEL WALTER/DUCREY PATRIK (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht im 13. Jahr nach dem Paradigmenwechsel, Zürich/Basel/Genf 2009 [zit. STOFFEL, Wettbewerbsrecht und -politik]
- STRAFFIN PHILIP D. JR., The Prisoner's Dilemma, in: RASMUSEN ERIC (Hrsg.), Readings in Games and Information, 3. Auflage, Oxford 2001, S. 5 ff. [zit. STRAFFIN, The Prisoner's Dilemma]
- STROUX SIGRID, Economics of Oligopoly, An Introduction for Lawyers, Badia Fiesolana, San Domenico 2002 [zit. STROUX, Oligopoly]
- SUTTER-SOMM THOMAS/HASENBÖHLER FRANZ/LEUENBERGER CHRISTOPH (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich 2010 [zit. BEARBEITER/IN, in: SUTTER-SOMM/HASENBÖHLER/LEUENBERGER, ZPO-Kommentar, Art. 1 N 1]
- SWEEZY PAUL M., Demand Under Conditions of Oligopoly, in: The Journal of Political Economy, Vol. 47, No. 4 (August 1939), S. 568 ff. [zit. SWEEZY, Oligopoly]
- TEECE DAVID J., Information Sharing, Innovation, and Antitrust, in: ALBACH HORST/JIN JIM Y./SCHENK, Collusion through Information Sharing? New Trends in Competition Policy, Berlin 1996, S. 27 ff. [zit. TEECE, Innovation]
- TERCIER PIERRE/BOVET CHRISTIAN (Hrsg.), Droit de la concurrence, Commentaire Romand, Basel/Genf/München 2002 [zit. CR CONCURRENCE-BEARBEITER/IN, Art. 1 N 1]
- TIROLE JEAN, Industrieökonomik, 2. deutschsprachige Auflage, München/Wien 1999 [zit. TIROLE, Industrieökonomik]
- TUCKER ALBERT, A Two-Person Dilemma, in: RASMUSEN ERIC (Hrsg.), Readings in Games and Information, 3. Auflage, Oxford 2001, S. 7 f. [zit. TUCKER, A Two-Person Dilemma]
- ULMER PETER, Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 107 (1972) [zit. ULMER, Abgestimmte Verhaltensweisen]
- VIVES XAVIER, Information Sharing: Economics and Antitrust, Occasional Paper, OP No. 07/11, Barcelona 2007 [zit. VIVES, Information Sharing: Economics and Antitrust]
- VIVES XAVIER, Information Sharing among Firms, Occasional Paper, OP No. 07/3, Barcelona 2006 [zit. VIVES, Information Sharing among Firms]
- VOGEL OSKAR/SPÜHLER KARL, Grundriss des Zivilprozessrechts, 8. Auflage, Bern 2006 [zit. VOGEL/SPÜHLER, Zivilprozessrecht]
- VOGT HANS-UELI, Der öffentliche Glaube des Handelsregisters, Diss., Zürich 2003 [zit. VOGT, Handelsregister]
- VON BÜREN ROLAND/DAVID LUCAS (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Fünfter Band, Zweiter Teilband, Kartellrecht, Basel 2000 [zit. BEARBEITER/IN, in: SIWR V/2]

- WAGNER-VON PAPP FLORIAN, Marktinformativsverfahren: Grenzen der Information im Wettbewerb, in: MESTMÄCKER ERNST-JOACHIM/MÖSCHEL WERNHARD/STREIT MANFRED E. (Hrsg.), Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik, Band 191, Baden-Baden 2004 [zit. WAGNER-VON PAPP, Marktinformativsverfahren]
- WEBER ROLF H./VLCEK MICHAEL, Tafeln zum Kartellrecht, Bern 2008 [zit. WEBER/VLCEK, Tafeln]
- WHISH RICHARD, Competition Law, 6. Auflage, Oxford 2009 [zit. WHISH, Competition Law]
- WHISH RICHARD, Information Agreements, in: Pros and Cons of Information Sharing, Series of the Swedish Competition Authority, Kalmar 2006 [zit. WHISH, Information Agreements]
- WOLF THORSTEN/DECKER STEFAN/ABECKER ANDREAS, Unterstützung des Wissensmanagements durch Informations- und Kommunikationstechnologie, in: SCHEER AUGUST-WILHELM/NÜTTGENS MARKUS (Hrsg.), Electronic Business Engineering/4. Internationale Tagung Wirtschaftsinformatik 1999, Heidelberg 1999, S. 745 ff. [zit. WOLF/DECKER/ABECKER, Wissensmanagement]
- YOUNG H. PEYTON, Individual learning and social rationality, in: European Economic Review 42 (1998), S. 651 ff. [zit. YOUNG, Individual learning]
- ZÄCH Roger, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Auflage, Bern 2005 [zit. ZÄCH, Kartellrecht]
- ZÄCH Roger, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts, 2. Auflage, Zürich 2005 [zit. ZÄCH, Europäisches Wirtschaftsrecht]
- ZÄCH ROGER, Der kartellrechtliche Kontrahierungszwang – Mittel zum Schutz der Wettbewerber und des Wettbewerbs, in: DRUEY JEAN-NICOLAS et al. (Hrsg.), Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 1992, Heft 1, S. 1 ff. [zit. ZÄCH, Kontrahierungszwang]
- ZÄCH ROGER, Wettbewerbsfreiheit oder Konsumentenwohlfahrt als Zweck des Kartellgesetzes? – Schranken des Rechts, in: ZÄCH ROGER (Hrsg.), Schweizerisches Kartellrecht – an Wendepunkten? Zürich/St. Gallen 2009, S. 1 ff. [zit. ZÄCH, Wettbewerbsfreiheit]
- ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Die Sanktionierung von wettbewerbsbeschränkenden Tatbeständen und die EMRK, in: BECHTOLD STEFAN/JICKELI JOACHIM/ROHE MATHIAS (Hrsg.), Recht, Ordnung und Wettbewerb, Festschrift zum 70. Geburtstag von Wernhard Möschel, Baden-Baden 2011, S. 737 ff. [zit. ZÄCH/KÜNZLER, Sanktionierung]
- ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Efficiency or freedom to compete? Towards an axiomatic theory of competition law, in: BORNKAMM JOACHIM/DREHER MEINRAD/FUCHS ANDREAS/IMMENG ULRICH/MONTAG FRANK/STOCKMANN KURT (Hrsg.), Zeitschrift für Wettbewerbsrecht, 7. Jahrgang, Heft 3, Köln 2009, S. 269 ff. [zit. ZÄCH/KÜNZLER, Efficiency]
- ZÄCH ROGER/KÜNZLER ADRIAN, Individualschutz und Institutionsschutz als Aufgaben des Kartellrechts, in: ZÄCH ROGER/BREINING-KAUFMANN CHRISTINE/BREITSCHMID PETER/ERNST WOLFGANG/OBERHAMMER PAUL/PORTMANN WOLFGANG/THIER ANDREAS (Hrsg.), Individuum und Verband, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 2006, Zürich 2006, S. 291 ff. [zit. ZÄCH/KÜNZLER, Individualschutz]
- ZÖLLNER WOLFGANG, Informationsordnung und Recht, Berlin/New York 1990 [zit. ZÖLLNER, Informationsordnung]
- ZURKINDEN PHILIPP/TRÜEB HANS RUDOLF, Das neue Kartellgesetz, Handkommentar, Zürich/Basel/Genf 2004 [zit. ZURKINDEN/TRÜEB, Handkommentar, Art. 1 N 1]

Lebenslauf

Am 11. Juli 1980 wurde ich in Kilchberg geboren und aufgewachsen bin ich in Stäfa, Le Mont sur Lausanne und Wilen bei Wollerau. Nach der Maturität Typus B an der Stiftsschule Einsiedeln begann ich im Wintersemester 2000/2001 das Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich, welches ich im Dezember 2005 mit dem Lizentiat abschloss. Danach arbeitete ich als Auditor und juristischer Sekretär am Bezirksgericht Uster und amtierte gleichzeitig als Vorsitzender der Schlichtungsbehörde in Miet- und Pachtsachen des Bezirkes Uster. Im November 2009 wurde mir durch das Obergericht des Kantons Zürich das Zürcher Anwaltspatent erteilt. Von Mai 2010 bis März 2012 arbeitete ich schliesslich als Gerichtsschreiber am Handelsgericht des Kantons Zürich sowie ab Juli 2011 auch als nebenamtlicher Ersatzrichter an Zürcher Bezirksgerichten. Neben meinen beruflichen Tätigkeiten verfasste ich die vorliegende Dissertation, welche ich Anfang November 2011 fertig gestellt habe und die am 7. März 2012 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich abgenommen wurde.

Meine zivile Ausbildung ergänzte ich durch studiums begleitende Tätigkeiten in einer kleinen Anwaltskanzlei in Zürich sowie bei Schweizer Grossbanken und beim Elektrizitätswerk der Stadt Zürich.

RA lic.iur. Andreas D. Blattmann

